SEÑORA PRESIDENTA.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Son las 16:10).

–Dese cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes).

«Carpeta n.º 788/2017. Código del Proceso Penal. Se modifica la Ley n.º 19293, de 19 de diciembre de 2014. Proyecto de ley con exposición de motivos presentado por las Senadoras Patricia Ayala, Cecilia Eguiluz, Constanza Moreira y Daniela Payssé y los Senadores Carlos Camy, Rubén Martínez Huelmo y Rafael Michelini. (Distribuido n.º 1221/2017)».

–Recuerden que dimos estado parlamentario a las modificaciones del Código del Proceso Penal que vienen del Fiscal de Corte y de la Suprema Corte de Justicia.

«Nota de la Junta Departamental de San José transmitiendo una inquietud presentada por el Concejal Horacio González relacionada con la Ley n.º 18525, de 20 de julio de 2009, sobre el feriado establecido en oportunidad en que se cumplieron los 100 años de categorización como pueblo a la actual ciudad de Rodríguez (Enviado por correo electrónico el día 27 de abril).

Respuesta de la Facultad de Arquitectura de la UdelaR, de 28 de abril de 2017, sobre el proyecto de ley por el que se modifica el artículo 1844 del Código Civil sobre responsabilidad de arquitectos y constructores. (Enviado por correo electrónico el día de hoy)».

–Recibimos a las 16 horas por el tema abuso de funciones y modificaciones al Código del Proceso Penal, a la Fiscalía de Corte; a las 16 y 30, por abuso de funciones a la Universidad Católica y, por último, a las 17 horas, también por abuso de funciones recibiremos a la Junta de Transparencia y Ética Pública.

(Ingresa la delegación de la Fiscalía General de la Nación).

–Recibimos al doctor Jorge Díaz, Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, a la doctora Patricia Marquisá, Directora de la Unidad de Implementación del Sistema Penal Acusatorio, a la doctora Adriana Sampayo, Fiscal Adscripta de la Unidad de Implementación del Sistema Penal Acusatorio, y al licenciado Javier Benech, Director de Comunicaciones.

Solicitamos a la fiscalía su comparecencia ante esta comisión porque a partir de las modificaciones al Código del Proceso Penal que el Fiscal de Corte realizó, hicimos un articulado al que dimos estado parlamentario, donde figuran las modificaciones a los artículos 246, 288, 289, 306, 307, etcétera, y la derogación del capítulo II, título II, del libro III.

Además, la señora senadora Payssé nos solicitó que se le pidiera una opinión sobre el literal i) artículo 9.º del proyecto de ley de violencia hacia las mujeres basada en género, a estudio de la comisión de Población, Desarrollo e Inclusión del Senado.

Por su parte, desde Secretaría se nos sugirió una modificación al artículo 100, referido al principio de oportunidad, a efectos de adecuarlo a la nueva redacción de la nueva Ley Orgánica de las Fiscalías, donde se establecen las instrucciones generales.

Si el señor fiscal no tiene inconveniente, primero atenderíamos estas tres cuestiones para luego pasar a considerar la derogación lisa y llana –tal cual lo ha planteado la bancada del Frente amplio– del delito de abuso de funciones.

SEÑOR DÍAZ.- Muchas gracias.

Voy a comenzar como lo hago siempre porque me parece que es algo absolutamente sentido y lo voy a decir toda vez que concurra a este ámbito.

Para nosotros es un honor y una satisfacción concurrir a esta casa porque, como somos funcionarios públicos y nuestra designación y permanencia en el cargo no está sometida al escrutinio popular, el hecho de venir aquí, donde trabajan los representantes más directos del pueblo, es siempre una especie de rendición de cuentas a la que estamos dispuestos a someternos. Además, para nosotros es un placer colaborar en esta función legislativa.

Si la señora presidenta me permite, quiero referirme ante todo a una solicitud que tiene relación con dos iniciativas que tienen estado parlamentario, sobre los que la Fiscalía tiene particular interés. Uno de ellos es el proyecto de ley sobre el estatuto del funcionario no fiscal cuya no aprobación hace que sean de aplicación las normas sobre Administración Central. En este sentido, la lentitud de la tramitación de los concursos nos está generando algunas dificultades de funcionamiento, más aún si pensamos en la entrada en vigencia del nuevo Código.

Y, aprovechando la oportunidad que nos brindan, el segundo proyecto de ley refiere a la transformación de una fiscalía penal en fiscalía penal especializada en crímenes de lesa humanidad, iniciativa que también tiene estado parlamentario y tengo entendido que está a estudio de esta comisión.

SEÑORA PRESIDENTA.- Efectivamente, ambos proyectos de ley están a estudio de esta comisión.

SEÑOR DÍAZ.- Por lo tanto, les recordamos y agradecemos desde ya su tratamiento.

Con relación al tema motivo de nuestra convocatoria, quiero empezar dando una información que, a esta altura, creo que es pública o semipública pero es importante que de ella quede constancia en la versión taquigráfica.

El año pasado se conformó una comisión interinstitucional para la implementación del Código del Proceso Penal que estuvo integrada por representantes del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo, de la Fiscalía General de la Nación y, en alguna ocasión, del Poder Legislativo, y que elaboró un proyecto. Cuando empezamos a trabajar en los mecanismos de implementación nos dimos cuenta de algo que ya sabíamos y que dice relación con el proceso de adolescentes. De acuerdo con la legislación vigente hoy no podríamos funcionar porque no se puede tener un proceso acusatorio para adultos y un proceso inquisitivo para adolescentes, no solamente porque es absolutamente incoherente tratar en forma más beneficiosa a los adultos que son acusados de cometer un delito que a los adolescentes, sino porque nos generaría graves dificultades de funcionamiento. Por ejemplo, en aquellos delitos que fueran cometidos por adolescentes y adultos, en la investigación intervendrían un juez de un lado y un fiscal del otro. De manera que, tal como está, resulta funcionalmente inaplicable. Obviamente que ello requiere modificar algunos artículos del Código del Proceso Penal y del propio Código de la Niñez y la Adolescencia –que, en algunos artículos, tiene una estructura netamente inquisitiva– entre otros institutos como los que están contemplados en la Ley Orgánica Policial, en la Ley de Procedimientos Policiales y en la Ley de la Judicatura. Incluso –aunque parezca mentira–, habría que hacer lo propio con algunos artículos relacionados con el estatuto de los fiscales, sobre todo en lo que tiene que ver con los concursos, cuya redacción no está del todo clara.

Pero ese proyecto lo hemos remitido y, en este momento por la información que tenemos, está en manos del presidente de la república –o está por llegar– y esperamos que sea prontamente enviado. En ese proyecto se toca uno de los puntos que menciono porque tiene que ver con la libertad condicional, sobre lo cual se nos consulta. La eliminación del instituto de la libertad condicional también está comprendida en ese proyecto que está en el Poder Ejecutivo. En más de una oportunidad hemos dicho que el instituto de la libertad condicional es ajeno al proceso acusatorio y propio del sistema inquisitivo. Esto es así porque en el sistema inquisitivo se parte de la base de que la prisión preventiva es la regla y no la excepción como ocurre en el sistema acusatorio. Como dije, en el sistema inquisitivo la prisión preventiva es la regla y, de hecho, la pena se cumple antes de la sentencia; esto parece

absurdo pero es lo que ocurre hoy en día. Si hoy una persona es procesada por un delito excarcelable, con prisión, la única pena efectiva que tendrá es la prisión que cumpla, ya que si obtiene la libertad durante el transcurso del proceso, una vez que salga la sentencia, no vuelve nunca. En un sistema acusatorio donde el principio es al revés, es decir que la regla es que mientras está en proceso el individuo está en libertad y la excepción es la prisión preventiva, si aplicamos el instituto de la libertad condicional significa impunidad, lisa y llanamente, porque no se cumpliría nunca ningún tipo de pena, ni antes ni después.

Quiero dejar claramente establecido, con todas las letras, que estamos a favor de la derogación del instituto de la libertad condicional en el proceso acusatorio, es decir que la eliminación de ese instituto empiece a regir junto con la entrada en vigencia del nuevo código. Con esto se relaciona algo que no está vinculado, que es el instituto de la suspensión condicional de la pena, lo que también es un instituto propio del sistema inquisitivo. El código regula la suspensión del proceso a prueba, es decir, algo que funciona *ex ante* y la suspensión condicional de la pena funciona *ex post*. Es decir que una vez que se aplica la pena se suspende su cumplimiento. Se trata de un instituto de raigambre inquisitiva y, si me lo permiten, también es un instituto de poca economía, porque hacemos todo un proceso, dictamos la sentencia y esa sentencia no se cumple nunca, por aplicación del instituto de la suspensión condicional de la pena. El proceso acusatorio tiene otras excepciones o salidas previas que son sustitutivas de esto.

Pero limitándome estrictamente al tema de la convocatoria, quiero decir que estamos a favor a la eliminación del instituto de la libertad condicional, aunque la pregunta que surge –eso deberán resolverlo los señores parlamentarios– es si se aprueba ahora o si se espera la llegada del otro proyecto más global; esa es una decisión estrictamente de procedimientos que los señores senadores tendrán a bien resolver.

Con respecto al principio de oportunidad desglosado, este proyecto también lo habíamos remitido oportunamente y es una ampliación del principio de oportunidad. Este principio, para que se entienda, sin ninguna norma legal que lo establezca, funciona. ¿Cuándo? Cuando tenemos un delito de escasa entidad y el fiscal no solicita el enjuiciamiento o el juez no enjuicia y dice que es estrictamente «por razones de política criminal». Es decir, que por razones de política criminal la persecución de un delito de escasa entidad genera mucho más perjuicio que el ejercicio de la acción. Sin ninguna norma expresa que lo establezca esto funciona desde 1985 a la fecha, que es hasta donde alcanza mi memoria, aunque algunos dicen que desde antes. Lo que hacemos es ponerlo negro sobre blanco, reconocer una realidad existente y dar en este caso la facultad al fiscal de la aplicación en determinadas hipótesis. Precisamente, por esa razón se llama principio de oportunidad reglado, ya que no queda librado a la voluntad del fiscal que interviene en el caso aplicarlo o no, sino que solo puede corresponder en esas hipótesis. El proyecto a consideración amplía el principio de oportunidad, ya que el código aprobado tiene un principio de oportunidad bastante restringido. Una segunda cuestión es que lo vincula con las instrucciones generales, y en este caso, existe una regulación que expresamente remite a que el principio de oportunidad será elaborado por el Consejo Honorario de Instrucciones Generales.

Francamente, la pregunta que me hago es si es necesario ponerlo, porque en la medida en que ya se aprobó el estatuto, que ya se estableció la posibilidad de dictar instrucciones generales y que dentro de su contenido puede estar el principio de oportunidad, quizás no sea necesario ponerlo acá por razones de técnica legislativa. Va de suyo que los criterios generales para la aplicación del principio de oportunidad surgen, en primer lugar, de la ley, porque sí se puede aplicar en estos casos y no en otros y, en segundo término, de los criterios de política criminal que puedan surgir eventualmente de ese consejo de instrucciones generales a través del dictado de las instrucciones.

Estamos de acuerdo en la ampliación y, sobre todo, en un principio, que es que no quede sujeto a un control del juez porque, en definitiva, el principio de oportunidad es un instituto netamente de aplicación del acusador. Es el acusador quien decide si efectivamente corresponde o no su aplicación. Pero acá la duda es qué pasa si se aplica incorrectamente. Si eso sucediera, el fiscal puede ser llamado a responsabilidad *ex post*. De hecho, en el estatuto de los fiscales –eso generó discusión en esta comisión– está expresamente establecido que una de las causales de responsabilidad de los fiscales es, precisamente, apartarse de una directiva o instrucción general.

Por lo tanto, estamos de acuerdo, en términos generales, en su ampliación. La pregunta vuelve a ser la misma: si hay que tratarlo o discutirlo ahora, o aprovechar el paquete en el que vienen incluidas las otras normas. Eso es algo que lo deciden ustedes.

SEÑORA PRESIDENTA.- Quería hacerle una pregunta con relación al paquete en el que vienen incluidas las otras normas, que es el proyecto que está en la órbita de Presidencia. Nosotros le dimos estado parlamentario porque no sabíamos que iba a venir un proyecto de Presidencia en el que estaría todo esto incluido. ¿En qué tiempo estima que pueda salir?

SEÑOR DÍAZ.- Eso depende de la voluntad del señor presidente de la república.

SEÑORA PRESIDENTA.- Pero, entonces, ya está enviado el proyecto de ley, o por lo menos la iniciativa.

SEÑOR DÍAZ.- Está en conocimiento, no sé si formalmente, pero por lo menos informalmente. Justamente, antes de salir para esta reunión pregunté al respecto y está en conocimiento. Nosotros no tenemos iniciativa parlamentaria, por lo que no podemos mandar un proyecto de ley directamente al Parlamento.

SEÑORA PRESIDENTA.- Y además de la libertad anticipada, ¿qué otras cosas contiene ese paquete?

SEÑOR DÍAZ.- Es un proyecto que trata de ajustar el funcionamiento de las normas del Código del Proceso Penal y otras normas a algunos cambios que consideramos imprescindibles como, por ejemplo, eliminar la libertad condicional; o regular algunos aspectos que tienen relación con el funcionamiento de la oficina judicial para el funcionamiento de la oficina judicial única que, en principio, la corte lo va a implementar en Montevideo, pero luego piensa extenderlo a todo el país. También tiene que ver con todas las modificaciones al Código del Proceso Penal y al Código de la Niñez y la Adolescencia relacionado con el proceso acusatorio para adolescentes. Tiene que ver con algunos ajustes a la ley orgánica policial y a la de procedimiento policial porque hoy en día, conforme a dichas leyes, la Policía responde a las órdenes del juez, ya que en ningún lado dice que deban responder a las de los fiscales o rendirles cuentas. Hay un combo de cosas. Francamente, cuando uno comienza a hacer un flujograma del funcionamiento, cuando uno empieza a bajar a tierra la norma y establecer los procedimientos, claramente es cuando empiezan a aparecer las inconsistencias que hay que resolver de alguna manera. La señora presidenta de esta comisión y sus integrantes tienen absolutamente claro que esta institución y este fiscal en particular han empujado mucho para la aprobación, la entrada en vigencia e implementación de este código. Francamente, queremos que cuando entre a aplicarse no se corra el riesgo de partidas falsas; es demasiado importante y profundo el cambio como para correr riesgos de partidas falsas. Queremos que, por lo menos desde el punto de vista normativo –después estarán los aspectos culturales, los relacionados con las prácticas–, no haya disfuncionalidades. Ese es el objetivo de ese proyecto.

Con relación a la ley integral y a la consulta que hace la señora senadora Payssé, evidentemente estamos de acuerdo. De hecho, en ese famoso proyecto hay una disposición en la que se establece la excepción y expresamente se regula que en este tipo de delitos no corresponde la mediación y la negociación, lo cual es un principio general reconocido a nivel internacional. Existió acuerdo también en eliminar la instancia del ofendido en los delitos de violación, atentado violento al pudor y corrupción. Los señores senadores saben que la instancia del ofendido es un requisito de procedibilidad. En el caso de estos delitos, por más que son delitos graves, conforme a un determinado parámetro cultural de una época se entendía que si la víctima no hacía la denuncia formal, no se podían perseguir, porque se entendía que la persecución podía ser más perjudicial para la víctima que la no persecución. Hoy en día ese paradigma ha sido ya dejado de lado y se entiende a nivel internacional que, en definitiva, es un delito con la suficiente gravedad como para que igualmente sea perseguido, aunque la víctima no lo denuncie, obviamente tomando las medidas y los recaudos del caso para no criminalizar a la víctima. Al mismo tiempo, muchas veces, cuando se cometen situaciones de violencia, la víctima está en un estado de dependencia tal que hace que sea imposible que denuncie un delito. Por lo tanto, ese aspecto también está incluido en ese proyecto en el que estuvimos trabajando y que nuestra voluntad es que llegue pronto, es decir que está en línea con lo que propone el literal i) del artículo 9.º del proyecto de ley integral.

SEÑORA PAYSSÉ.- Me parecía que la mejor forma era establecer la excepción y nuestro invitado me ha planteado lo mismo, pero quisiera saber si considera que eso podría estar incluido en ese paquete que vendrá y que se supone que debería estar antes de que entre en vigencia el CPP o si podría incorporarse ahora. Nosotros tenemos la preocupación temporal, obviamente, pero ya que estábamos quería hacerle esta pregunta.

Al mismo tiempo, quería señalar que recibimos a nivel parlamentario casi simultáneamente algunas propuestas vinculadas a modificaciones del CPP ya aprobado y a modificaciones del CPP que están integrando el cuerpo del proyecto de ley integral de violencia hacia las mujeres basada en género. Este último proyecto tiene algunas otras modificaciones al CPP pero también lo toca en una cantidad de artículos que tendríamos que repasar bien. El tema es que es un proyecto y no sabemos cómo se van a coordinar los tiempos. Podemos hacer una aproximación en el Senado, porque tenemos la voluntad política de aprobarlo en el primer semestre, pero después no sabemos cuánto tiempo va a demorar su consideración en la Cámara de Representantes.

El doctor Díaz hablaba de atentado violento al pudor. Esperemos poder modificar esos términos.

SEÑOR DÍAZ.- Y de violación y corrupción.

SEÑORA PAYSSÉ.- Por supuesto. Hay todo un capítulo de modificaciones al Código Penal que queremos aprobar y modernizar. Entonces, la disyuntiva es cómo le parece al doctor Díaz que podemos coordinar los tiempos. Sé que no maneja los tiempos parlamentarios. Ni siquiera los manejamos nosotros como quisiéramos; podemos hacerlo en una cámara, pero no en la otra. Pero me preocupa la importancia que puede llegar a tener el no contar con esto, si el paquete que viene del Poder Ejecutivo se trancara. Sé que se van a trancar otras cosas más importantes, tal vez, para nuestro invitado, o relativamente importantes o igualmente importantes. La pregunta, entonces, es si en función de eso considera que es mejor esperar ese paquete de cosas o si en estas modificaciones que nosotros como legisladores estamos introduciendo, ya podríamos estar incorporando esa excepción. En ese caso le pediríamos si nos pudiera hacer llegar el texto, a los efectos de extraer de ese eventual proyecto ese artículo para incorporarlo. La otra alternativa sería –la decisión la vamos a tomar nosotros, obviamente, pero lo estamos consultando para que nos dé su opinión– esperar que el Poder Ejecutivo envíe todo ese paquete, que incluye modificaciones al CNA, a la ley de procedimiento policial, etcétera, es decir, es un proyecto bastante abarcativo.

SEÑOR DÍAZ.- Quiero ser muy franco con relación a todo esto, señora presidenta.

Es obvio que todos estamos trabajando intensamente –como lo hacemos en la comisión interinstitucional– para que todo esté pronto y poder empezar lo antes posible, sobre todo teniendo en cuenta la fecha que nos fijamos.

Con la misma franqueza quiero contestar lo siguiente. Si es necesario prorrogar la entrada en vigencia para empezar bien, si me dan la opción, quiero empezar bien. Yo sé que desde el punto de vista cultural un mensaje de una prórroga puede ser leído como una cesión ante determinados grupos –sobre todo corporativos– que no quieren que la reforma comience a regir. Precisamente por eso queremos tener la absoluta certeza de que cuando empecemos a funcionar lo normativo no sea una traba.

Sabemos, porque así ha sido en todos los países de América Latina, que una vez que se implanta una reforma de esta magnitud, se produce lo que el profesor Binder denomina «duelo de prácticas». Quiere decir que las viejas prácticas siguen luchando por sobrevivir y por seguir haciendo las cosas de la misma manera en que se hicieron siempre, y las nuevas prácticas tienden a tratar de implantarse. Ahí se produce, entonces, ese duelo de práctica. Por lo tanto, queremos que la norma no habilite, de ninguna manera, ningún resquicio que permita que las viejas prácticas se sigan sucediendo.

Ese es nuestro objetivo. Si para ello es necesario trabajar dos o tres meses más, no tengo ningún problema en hacerlo porque queremos que esto funcione y funcione bien.

Sin perjuicio de ello, estamos a las órdenes, tanto en esta como en otras comisiones y cuando cualquier señor senador lo entienda pertinente, como siempre lo hicimos hasta ahora.

SEÑORA PRESIDENTA.- La comisión se quiso adelantar en el estudio de este proyecto de ley por su próxima entrada en vigencia.

Ahora bien, si el Poder Ejecutivo tiene un proyecto unificado que además contempla la modificación del CPP para la niñez y la adolescencia, lo conversaremos en la comisión. pero estamos dispuestos a votar un proyecto de ley aceleradamente, claro.

Si no hay más preguntas, pasamos a la consulta sobre la derogación del abuso de funciones, artículo 162.

SEÑOR DÍAZ.- Con relación al proyecto de ley que se nos enviara sobre la derogación del delito de abuso innominado de funciones, lo primero que debemos decir es que no es nuevo.

Por lo menos hasta donde mi conocimiento alcanza, el ex presidente y entonces senador Julio María Sanguinetti ya propuso, hace dos o tres legislaturas, la derogación del delito de abuso innominado de funciones. En la legislatura pasada, el senador Da Rosa dio estado parlamentario al mismo proyecto de ley, pero pasó toda la legislatura sin ser tratado, por lo menos hasta donde tengo conocimiento.

O sea que, en primer lugar, este proyecto de ley no es nuevo y en reiteradas oportunidades ha sido presentado.

En segundo término –si los señores senadores me permiten– mencionaré tres planos. El primero es el jurídico constitucional, el segundo es jurídico penal y el tercero es el plano político.

Con relación al plano jurídico constitucional la Suprema Corte de Justicia y este fiscal hemos entendido –más allá de que hay copiosa doctrina que dice exactamente lo contrario– que el delito innominado de funciones se ajusta al texto constitucional. A mi juicio la discusión no es esa, no apunta a la constitucionalidad o no del delito, sino a si dogmáticamente este delito es compatible con lo que se conoce como derecho penal liberal.

Por suerte, la semana pasada estuvo presente en esta sala el doctor Germán Aller y mi viejo profesor el doctor Gastón Chaves envió un informe –no sé si estuvo presente– que pude leer, que al igual que toda la doctrina –aunque no es total, prácticamente hay unanimidad– propone derogar este delito. Tanto el doctor Germán Aller como el doctor Gastón Chaves detallaron extensamente cuáles eran las razones y, con franqueza, creo que no puedo aportar más nada de lo que han dicho, y que comparto íntegramente.

Básicamente, ¿por qué? Porque se trata de un tipo penal que se conoce como tipos penales abiertos. La última vez que concurrimos a esta comisión para referirnos al tema del femicidio, dijimos que el derecho penal no nace para que el Estado persiga mejor a los delincuentes, sino como un freno, una barrera o un dique de contención al poder punitivo del Estado. Y deja pasar ese dique por pequeños agujeritos del poder punitivo para que castigue determinadas conductas muy específicas que vulneran determinados bienes jurídicos, que por su importancia el legislador entiende que deben ser protegidos penalmente. Ese es el principio de legalidad, es decir, no hay delito sin ley que lo establezca. El tipo penal –un delito tiene que ser una acción típica antijurídica y culpable–, lo que describe la conducta que se considera delito, toda la dogmática penal, sobre todo, la liberal entiende que debe ser lo más cerrado posible, es decir, que describa estrictamente la conducta que se quiere sancionar.

Este delito se conoce como de tipo penal abierto y tal como explicaron los doctores Germán Aller y Gastón Chaves no describe estrictamente las conductas que se quieren sancionar.

Dicho esto pasaría al tercer plano, el político, simplemente para decir que la definición de si esta decisión se toma o no y cuándo, es resorte de los señores legisladores. Como siempre, cada vez que venimos acá decimos que los legisladores son quienes definen si las conductas son o no delito. No quiero, no puedo ni debo pronunciarme sobre si esta es o no la oportunidad, o si hubiera sido en otro momento.

Desde el punto de vista de la dogmática penal creo que no hay dos opiniones en cuanto a que el tipo penal tal como está no puede subsistir. La enorme mayoría de la doctrina, todos los catedráticos de derecho penal, abogan por la derogación y hay alguna posición minoritaria que sostiene que más que derogarlo hay que reformarlo y establecer un tipo penal más cerrado.

Estas son las dos posiciones que hay. Desde el punto de la dogmática penal comparto la posición de mis viejos profesores de derecho penal en el sentido de que hay que derogarlo. Los señores senadores serán los que tomen la decisión de si este o no el momento.

SEÑOR HEBER.- Es un gusto recibir nuevamente al señor fiscal y a sus asesores. De alguna manera nos ayuda a reflexionar sobre temas que son muy importantes y que ocupan el centro de las preocupaciones de mucha gente.

A continuación voy a formular algunas preguntas respecto al último proyecto de ley –que fue consultado por la señora presidenta– sobre abuso de funciones.

Ya contestó una de las primeras preguntas en cuanto a si era constitucional; incluso su posición ya la hemos leído en los medios de prensa. Ahora me gustaría escuchar su opinión sobre otros temas –opinión que yo ya tengo– y hacer algunas consultas. Quienes no tenemos formación jurídica quisiéramos consultarlo acerca de la confianza que genera el conocimiento que tiene sobre una serie de delitos que ya a nivel internacional se maneja que escapan al conocimiento que podamos tener aquí.

Quisiera saber si las convenciones en contra de la corrupción –a las cuales Uruguay ha adherido– prevén que se incorporen a nuestro derecho nuevas figuras delictivas que quizás no tengamos. Todo esto está siendo estudiado también por la Cámara de Representantes en la reforma del Código Penal, pero nos gustaría que nos ayudara a reflexionar en ese sentido. El señor fiscal decía que había dos tesis, una a favor de la derogación y otra que quiere buscar una alternativa a la simple derogación. Yo estoy en esta última, aunque confieso que sin tener claro cuál es el camino.

Después del análisis de este proyecto con iniciativa del Frente Amplio, me gustaría encontrar un acuerdo entre todos los partidos, ya que este es un tema que nos preocupa a todos y, por lo menos a mí, no me conforma la simple derogación del delito.

Me importa escuchar la respuesta. Nosotros entendemos que la derogación del delito de abuso de funciones haría que los juicios que están en trámite con procesamiento por este delito se vieran directamente beneficiados. Debemos tener esto analizado, porque sabemos que después nos vamos a enfrentar a que afuera se nos diga que al votar en uno u otro sentido estamos generando un beneficio para gente que hoy tiene un proceso en trámite.

La última pregunta que quiero hacer es: ¿la derogación del delito de abuso de funciones podría dejar impunes ciertos hechos de corrupción? Podría citar casos que no me quedan claros. Por ejemplo, mañana la decisión de un jerarca genera un daño económico muy grande al Estado y a la sociedad, pero no se configura un beneficio propio. Entonces, no me queda claro si en ese caso no es necesario tener una figura delictiva que haga responsable a quien en definitiva está manejando dineros públicos y que puede generar un daño a la sociedad, pero que no necesariamente tenga un beneficio de carácter personal. Allí habría una responsabilidad política y administrativa.

Por tanto, me gustaría que nos ayudara a reflexionar en estos temas, porque son dudas que tenemos frente a este proyecto, más allá de que descartamos la buena intención y las tesis que se establecen en cuanto a la posibilidad de derogación del delito.

SEÑOR DÍAZ.- Agradezco las preguntas del señor senador porque me permiten entrar en algunos temas que francamente no tenemos mucha oportunidad de tratar, salvo en los dictámenes. Más allá de que ahora están todos los dictámenes colgados en la página web, no se generan discusiones sobre estos temas.

En primer lugar, me voy a referir a la incidencia de la norma internacional en el plano nacional. Acá hay que distinguir distintos tipos de norma, que tienen distintos efectos cuando el país las ratifica o las incorpora.

Por un lado están las normas que establecen derechos, las convenciones y tratados internacionales de derechos humanos. Todas estas normas que contemplan y generan derechos son autoejecutables: automáticamente, cuando el país ratifica la norma –primero la suscribe y luego la ratifica–, los derechos consagrados en esos tratados y convenciones automáticamente se incorporan al derecho interno y no requieren otra ley que las haga ejecutables. Ahí hay toda una discusión doctrinaria, que en algunos países se ha solucionado a través de reformas de la Constitución, como Argentina, que establece que los tratados internacionales están por encima de la Constitución. En nuestro país no tenemos una norma de derecho interno que resuelva eso y hay quienes doctrinariamente sostienen lo mismo aun sin norma y quienes entienden que todos estos derechos se incorporan a la Constitución porque son inherentes a la forma republicana de Gobierno o a la persona humana. Es decir que, automáticamente, los derechos humanos reconocidos en tratados que el país ha ratificado se incorporan a la Constitución de la República vía los artículos 7, 72 y 332. Esos son los tratados internacionales que reconocen derechos.

Por otro lado, están los tratados internacionales que, de alguna manera, colocan al país bajo la jurisdicción de un tribunal internacional, por ejemplo, el de La Haya, y cuando tenemos un conflicto con la República Argentina por el uso del río Uruguay que no puede ser resuelto entre ambas partes vía negociación, se va al tribunal internacional, este falla y ese fallo es obligatorio para ambos Estados. Lo mismo acontece con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es un mecanismo bastante más complejo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque en el año 1985 Uruguay podría haber ratificado el Pacto de San José de Costa Rica y no reconocer la jurisdicción de la Corte –la propia convención establece esa posibilidad– y, sin embargo, en ese año Uruguay lo ratifica y, por acto separado, el entonces presidente de la república, el doctor Julio María Sanguinetti, y su canciller, reconocen la jurisdicción de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a partir de ese momento, si somos llevados ante la Corte y hay un fallo contrario a nuestro país, lo tenemos que cumplir.

También hay normas que establecen recomendaciones. Creo que el señor senador se refería indirectamente a la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fue ratificada por Uruguay. En ella hay dos tipos de normas: las que establecen recomendaciones para los Estados –son sugerencias para que sigan determinadas conductas–, en muchas de las cuales se utiliza la expresión «se sugiere» o «se recomienda», siempre y cuando las normas no resulten contrarias al orden público interno o a las normas de derecho interno, y las normas que imponen una obligación al Estado, es decir, cuando este ratifica una convención que dice que se tiene que delictar determinado tipo penal, no hay más remedio que hacerlo. En este caso se requiere un acto posterior, que es la tipificación del delito.

En la Convención Interamericana contra la Corrupción se sugiere a los Estados partes que adopten determinado elenco de delitos, y esos delitos no son autoejecutables, es decir, no ingresan al derecho interno por la mera ratificación de la convención, pero el Estado asume, de alguna manera, la obligación de considerar esa conducta como delito; en el caso del abuso de funciones está establecido en esa convención como sugerencia a los Estados partes.

Es cierto que hubo una reacción sustancialmente distinta a la que establece nuestro Código Penal. El tipo penal establecido en la convención, siendo abierto, es muchísimo más cerrado que el que tenemos nosotros; el nuestro tiene un grado de amplitud bastante difícil de digerir, por decirlo de algún modo.

La segunda pregunta que se planteó estaba relacionada con los juicios en trámite. A este respecto, las normas penales más benignas son de aplicación retroactiva, es decir, si hay una norma penal que deroga un delito, para todas las personas que estén enjuiciadas por ese delito el juicio cesa

automáticamente. Creo que los casos de pública notoriedad a los que se refería el señor senador Heber son los de Zimmer, Calloia y Lorenzo; me parece que también hay algunos juicios vinculados con OSE que todavía están en trámite, en recurso de casación contra la sentencia definitiva. En este momento nos están llegando los primeros expedientes y, hasta donde sé, son esos, porque no tenemos un sistema de registro en la justicia. Es un principio general que la ley penal más benigna es de aplicación retroactiva, pero no a la inversa.

Con relación al daño, me voy a permitir leer una de esas joyitas que se encuentran de vez en cuando. Estoy hablando de la relación ministerial del *codice penale italiano* –el famoso *codice rocco*, el código Mussolini– referida a este abuso innominado de funciones. Este delito llega a nuestro Código Penal de 1934 como fuente del código Rocco, del código Mussolini. Con relación a este delito, dice específicamente Rocco –el guardasellos de *Il Duce*, que no era el penalista–: «Sin este título "genérico suplementario", de delito, quedarían impunes aquellos abusos de los oficiales públicos que no se pudieron hacer entrar en algunos de los títulos específicos de delito con que se reprimen los abusos "nominados de autoridad"». ¿Qué se quiere decir con esto? Que la finalidad del legislador del Código Rocco –y así pasa a nuestro derecho– era tener un tipo penal genérico para que no se le escapara nada. Pero esa no es la finalidad del derecho penal sino que es tener conductas expresamente reguladas y que esto quede claro al ciudadano.

Además, decimos que el individuo debe poder motivarse para no comportarse de determinada manera, pero si no está claro cuál es la conducta que tiene que omitir para no cometer un delito porque se es tan genérico, es muy difícil que se pueda motivar. Por eso se le llama el «cajón de sastre», porque ahí van a parar todas las cosas que no sabemos dónde guardar.

Inclusive, si los señores senadores se fijan en la redacción verán que se hace referencia a los casos no previstos por la ley, es decir que se trata de un delito que se supone que cumple con el requisito de legalidad pero expresamente se aclara que es en los casos no previstos en la ley. Entonces, aquí habría como una contradicción.

Vuelvo a repetir que las decisiones de política criminal, en primer lugar, las toma el Parlamento que, en última instancia, es el que debe definir el camino a seguir. Es decir que debe decidir si el camino es la derogación, como recomienda la mayoría de la doctrina, o es el ajuste, la modificación, como recomienda una pequeña parte de la doctrina y como sugiere la convención internacional. No quisiera estar en los zapatos de los señores senadores, pero esa es una decisión que tienen que tomar ustedes.

SEÑOR MIERES.- El señor fiscal de Corte decía que había una diferencia en el tipo delictivo previsto en la convención internacional y estaría bueno saber en qué consiste con respecto al tipo delictivo que está previsto en nuestro código. Entendí lo genérico, es decir, que en un caso está más abierta la tipificación y, en otro, más cerrada, pero estaría bueno si se pudiera especificar más cuál es la manera en que se mide esa apertura o especificidad del tipo delictivo.

SEÑOR DÍAZ.- Me encantaría poder contestar teniendo el texto de la convención.

SEÑORA PRESIDENTA.- Enseguida se lo proporcionamos.

SEÑOR MIERES.- Aprovecho para hacer la otra pregunta, que tiene que ver con si además en esa convención está previsto, como recomendación, la incorporación de otros delitos en el capítulo de delitos contra la Administración pública que no estén previstos en nuestro código actual.

SEÑOR DÍAZ.- Si la señora presidenta me permite, quisiera retomar una parte de la pregunta del señor senador Heber que no contesté –no me gustaría quedar omiso– en relación a los otros tipos.

Nuestro Código Penal contiene un conjunto de delitos que van, obviamente, desde el peculado, hasta el cohecho y la conjunción del interés público con el privado. Es decir que contempla todos los casos en que exista perjuicio para la Administración, sea por peculado –que es la apropiación indebida cometida por el funcionario público–, sea por cohecho –básicamente, es la coima–, sea por la conjunción del interés público con el privado o sea por el delito de fraude que, prácticamente, es

contemplativo de todas las hipótesis que estamos previendo. Lo que se requiere es un ardid, una estratagema, a diferencia de estos casos donde basta, literalmente, con la cuestión directa. Esa parte me había quedado sin contestar.

Respecto a la pregunta del señor senador Mieres puedo decir que, por ejemplo, los delitos de enriquecimiento ilícito o enriquecimiento sin causa están –sobre todo el primero– expresamente contemplados en las convenciones. Hay algunos países, como Colombia o Argentina, donde existen estos delitos de enriquecimiento ilícito; el primero tiene ambos delitos: el de enriquecimiento ilícito, que es para todos los ciudadanos, y el de enriquecimiento sin causa, que es para los funcionarios públicos. Existen otras figuras delictivas que están incluidas a nivel internacional y de convenciones, pero Uruguay no las contempla.

También es cierto –lo digo porque lo he afirmado públicamente en alguna conferencia– que los delitos de enriquecimiento ilícito y de enriquecimiento sin causa buscan indirectamente, por la vía de la tipificación de un delito, invertir la carga de la prueba. Es decir, si quiero probar que un funcionario público es venal o corrupto porque cobró dineros indebidos por desarrollar determinados actos, tengo que probar qué actos cometió y cuánto dinero percibió por ello. Mediante el mecanismo del recurso de enriquecimiento ilícito basta con probar que su patrimonio aumentó en forma no proporcional a los ingresos declarados; con eso queda probado.

SEÑOR MICHELINI.- No lo puede justificar.

SEÑOR DÍAZ.- Puede justificarlo, pero tiene que acreditar de alguna manera que…

SEÑOR MICHELINI.- Recibir una herencia por ejemplo.

SEÑOR DÍAZ.- Pero invertimos la carga de la prueba; quien debe probar que el dinero que recibió es lícito será el funcionario acusado. Es una inversión de la carga de la prueba por vía indirecta.

SEÑORA PRESIDENTA.- Me gustaría leer el artículo 19, que finalmente encontramos. Allí se dice: «Artículo 19.- Abuso de funciones. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad». Supongo que de esta manera cierra un poco mejor la definición con respecto al abuso innominado, que no menciona lo del beneficio para sí mismo.

SEÑOR DÍAZ.- Además, hay que tener en cuenta que en nuestra doctrina se entiende que puede haber un perjuicio no solo económico sino también «moral» –dicho entre comillas– para la Administración; se refiere al perjuicio a la imagen de la Administración, lo que le da un grado de amplitud mucho más grande.

Ahora bien, ¿por qué la preocupación por la amplitud? Porque tenemos, por ejemplo, el delito de homicidio para aquel que hiere de muerte a una persona y más cerrado que esto no hay; pero también existe lo que se conoce como normas penales en blanco, o sea cuando la norma tipifica una determinada conducta a la que, en general, otras normas se encargan de darle contenido. Ya la norma penal en blanco es discutida porque la mayoría de los autores dice que viola el principio de legalidad, es decir que solo la ley puede establecer una conducta delictiva, pero es bastante más aceptada porque, en definitiva, hay una actividad legal, reglamentaria, otra norma jurídica que complementa ese tipo penal. En el caso del tipo penal abierto no hay ninguna otra norma que la contemple, así que ¿quién termina de cerrar el tipo? El intérprete; o sea, el fiscal primero y el juez después. De alguna manera, termina transfiriéndole al operador del sistema la determinación de si cierta conducta es o no delito. Por eso es que este tipo de normas es tan cuestionado, porque transforma al operador del sistema en una especie de coadministrador.

SEÑORA EGUILUZ.- Quiero aprovechar que se mencionó el tema de la prueba porque en alguno de los argumentos de defensa de la derogación de este artículo hemos escuchado decir que se trata de

un delito que no necesita prueba y que se han hecho procesamientos así. Me gustaría saber la opinión de la Fiscalía sobre ese tema y, en el caso concreto de las aplicaciones que se han dado a este delito, cómo ha funcionado la carga de la prueba, justamente por lo que se ha mencionado acerca de los casos diferentes en cuanto a la inversión de la carga de la prueba.

SEÑOR DÍAZ.- Me parece que estrictamente no hay un problema de inversión de la carga de la prueba sino que lo que sucede es la indeterminación del tipo. Es decir que el problema no es cómo se prueba sino qué se considera que es delito; ante la comisión de un acto arbitrario tenemos que ver qué es un acto arbitrario. Acá se confunde lo penal con lo administrativo. Por ejemplo, un jerarca hace un llamado a licitación, se presentan las ofertas, una de ellas cumple estrictamente con todos los requisitos, pero una vez terminado ese proceso ese jerarca entiende que aceptar esa oferta es inconveniente para la Administración –quizás porque el precio es excesivamente caro–; es más lo he hecho yo como autoridad, pero si no lo fundamento adecuadamente un denunciante puede entender que ese es un acto arbitrario. El que termina interpretando si ese acto es o no es arbitrario es un juez. Estamos hablando de declarar desierta una licitación o de entender que una determinada licitación es altamente inconveniente para el organismo en el que eventualmente nos toca estar al frente. Estamos hablando de una batería de actos tan amplia que quien termina decidiendo si ese acto de determinada naturaleza, tomado en distintos procedimientos, es o no es arbitrario, es el operador del sistema de justicia. Hay una confusión entre lo administrativo y lo penal. Créanme que no tengo ningún interés, absolutamente ninguno en que queden resquicios por donde funcionarios corruptos o venales se le puedan escapar al reproche penal del Estado; pero tampoco tengo ningún interés en que en nuestro derecho penal existan figuras delictivas que no son propias de un derecho penal liberal.

SEÑOR HEBER.- Respetamos mucho las opiniones porque tienen su sustento y fundamentación, pero el señor fiscal nos presenta un ejemplo que está en la línea de lo cuestionable porque el juez es casi coadministrador cuando tiene que determinar si una decisión como la que se planteaba es o no arbitraria. Podemos dar diferentes ejemplos donde se otorga sin licitación y ahí no es el juez el que tiene que adoptar una determinación o sustituir al administrador. No hay una actitud ilegal o no veo qué tipo de delito hay, salvo que violó la ley y de alguna manera habrá una figura que lo penalice, o si por el contrario se toma una decisión que determina un perjuicio para la Administración –como yo decía–, pero tampoco hay un beneficio directo. En esa hipótesis entraríamos a una instancia donde ese delito que le cuesta muy caro a la Administración no tiene culpables; sí es un delito porque perjudica severamente a la sociedad.

No tengo formación en el tema, pero naturalmente respeto la idoneidad del señor fiscal y entiendo que el Derecho Penal tiene que estar basado en principios que de alguna manera sustenten que no se puede invertir la carga de la prueba; pero la sociedad está viendo con preocupación los hechos de corrupción que se han generalizado en la región. Entonces hay temor y desconfianza, cae la institucionalidad del país y se empieza a generar una especie de descreimiento en que los instrumentos de justicia le van a hacer pagar al culpable, en este caso al corrupto. Quizá podríamos crear una instancia donde nos separáramos de ese principio tan importante que descansa en nuestro Derecho Penal como para poder curarnos de una enfermedad que se está generalizando en nuestro continente con la corrupción. Creo que, a veces, el mal justifica tener nuestros propios anticuerpos que tienen por fin ayudar a que eso no ocurra; entonces, ante un caso de corrupción, ¡cuidado! En este caso, el enriquecimiento ilícito, aunque se invierta la carga de la prueba, es un antídoto para que se pueda probar, sin encontrar el fraude, la estafa que no pudo encontrar la administración, pero sí se encuentra debido a la situación económica de la persona. No sé si me expliqué como para poder razonar con el señor fiscal de corte.

SEÑOR DÍAZ.- Creo que Uruguay, en estos momentos, tiene problemas con su diseño de combate y, sobre todo, de prevención contra la corrupción; no tengo ningún prurito en decirlo y en reconocerlo. A mi juicio, el sistema actual de prevención de la corrupción en Uruguay tiene dificultades importantes, sobre todo, porque no tenemos un sistema armónico que permita, de forma preventiva, establecer mecanismos o anticuerpos para que los hechos de corrupción no se produzcan. ¿Eso significa que, por sí solo, haya corrupción o no? No, lo que significa es que no contamos con un sistema global que contemple todas las partes.

El presidente de la Jutep ha dicho –y es verdad– que el diseño del mecanismo de prevención de la corrupción de la Junta es anticuado, obsoleto y debe ser modificado. Hablamos de declaraciones

juradas cerradas que solo se abren a pedido y entonces no hay forma de controlar si lo que contiene la declaración jurada se ajusta o no a la realidad. Eso es así, por tanto, hay que trabajar muchísimo.

Ahora bien, acá estamos hablando de Derecho Penal que es la última *ratio,* el último muro de contención. Si me permite el señor senador, le digo que si queremos construir un sistema de prevención de la corrupción y generar anticuerpos, debemos trabajar primero en todas las fases preventivas. Luego habrá que tener los delitos que así lo establezcan.

En cuanto a lo que dije sobre el enriquecimiento ilícito, el enriquecimiento sin causa –es una posición personal porque no puedo comprometer a la institución–, podría agregar que son tipos penales mucho más garantistas que el abuso, aunque uno puede estar de acuerdo, o no, por otras cuestiones filosóficas, pero no por algo concreto. Desde el punto de vista del combate a la corrupción, debo decir que se va a contar con este fiscal y con esta Fiscalía, siempre y, por eso, hoy hablaba de la oportunidad. No es un tema que me corresponda a mí como fiscal de corte juzgar, porque no es mi rol.

SEÑORA PRESIDENTA.- Me imagino que querrán seguir conversando con el señor fiscal de Corte, pero hace media hora que tenemos esperando a los representantes de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Católica.

Estaremos muy atentos y a la espera de las modificaciones al Código del Proceso Penal unificadas en un texto coherente.

Le agradecemos al señor fiscal de corte y a la delegación que lo acompaña por los aportes brindados.

(Se retira de sala el señor fiscal de corte y sus asesores).

(Ingresan a sala los representantes del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay).

–La Comisión de Constitución y Legislación del Senado tiene el gusto de recibir a docentes del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay, los doctores Gastón Cháves, Mario Spangenberg y Carlos Elías Uriarte.

Recuerdo a los señores senadores que nos hicieron llegar la semana pasada un informe escrito y lo agradecemos.

La bancada del Frente Amplio presentó una propuesta para derogar el delito de abuso innominado de funciones. Hemos recibido a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de la República para tratar el tema y nos gustaría escuchar la opinión de la Universidad Católica del Uruguay.

SEÑOR CHÁVES.- Si me permite, señora presidenta, ante todo quiero agradecer la distinción que se nos hace. Voy a ser breve porque me gustaría que mis compañeros de docencia, los doctores Uriarte y Spangenberg, se pronuncien más *in extenso* sobre un tema sobre el que ya he adelantado opinión por escrito.

Me voy a permitir agregar algunos conceptos a lo que expresé que es una síntesis de la argumentación en virtud de la cual estoy a favor de la derogación del artículo 162.

El artículo 10 de la Constitución en su segundo inciso establece: «Ningún habitante de la república será obligado a hacer» –y lo subrayo– «lo que no manda la ley ni privado de lo que» –una vez más lo subrayo– «ella no prohíbe». Esta conjunción empleada dos veces en la oración indica que lo mandado o prohibido por la ley debe tener la concreción suficiente como para que el ciudadano sepa qué es lo que no puede hacer y, a la vez, que los magistrados identifiquen qué conducta pueden y deben castigar. El artículo 1º del Código Penal se presenta en comunidad absoluta con esta disposición constitucional en la medida en que establece como delito toda acción u omisión

expresamente –otra vez lo subrayo– prevista por la ley penal. Este sentido de concreción en una conducta expresamente prevista es, a su vez, respetado en la mayoría de los delitos contra la Administración pública porque en todos ellos es visible y determinable una conducta definida sea en el peculado –como la apropiación por el funcionario de bienes que tengan por razón de su cargo–, en la concusión – donde el funcionario abusando de su cargo compele o induce a un tercero a dar o a prometer un provecho injusto–, en las figuras del cohecho, del fraude, etcétera. En todos estos delitos es visible que el funcionario comete en concreto determinados actos arbitrarios los cuales, a la vez, son especialmente previstos como delitos separados e independientes. Pero al agotar este repertorio de ilicitudes el código presenta en el artículo 162 una figura donde el protagonista no es un acto arbitrario coagulado en una conducta determinada, sino el acto arbitrario en sí mismo cometido en perjuicio de la Administración o de los particulares. Para ser incriminado, ese acto arbitrario requiere estar liberado del requisito constitucional de determinación concretado, como se ha dicho, en el artículo 1º del código porque en efecto tal acto –según la disposición del artículo 162– para que sea delito no debe hallarse previsto en otra ley penal.

De algún modo, esta figura confiesa desde el título –abuso de funciones en los casos no previstos especialmente–, la infracción al principio constitucional de determinación de la conducta. Aquí viene al caso invocar la autoridad de Soler quien decía en una consulta, que los materiales que componen la cantera de los delitos son la violencia, el fraude y la injuria como modos generales de conducta que luego se concretan en determinados delitos. En tal sentido, el fraude puede concretarse en una estafa, en un abuso de inferioridad psicológica de incapaces, en la destrucción maliciosa de cosa propia o en la propia coincidencia nominal con el delito de fraude del artículo 160, pero no lo hay, ni podría haber, un delito genérico de fraude que se castigare el hecho de frustrar la ley o los derechos que de ella derivan –en esto consiste el fraude–; lo mismo ocurriría, y esto me parece más claro, con una figura que castigara la pura violencia: un delito de violencia, el que cometiere violencia. Puede decirse: el que cometiere homicidio; el que cometiere lesiones; el que privare de su libertad, son todos delitos violentos, pero un delito de violencia no existe ni podría existir porque carecería de contorno, sería demasiado abarcador.

Mutatis mutandis lo que se advierte en la figura de abuso de funciones es que confesamente evade hacia lo genérico del acto arbitrario luego de haber dado claros ejemplos de actos arbitrarios concretos, visibles, evitables por el funcionario, y sancionables por un Juez. Este escape hacia la indeterminación deja un espacio demasiado vasto como para que pueda operar el principio de legalidad en condiciones constitucionalmente regulares, abarca demasiado y propicia por ello mismo una selectividad en la operación judicial que, o deja afuera demasiadas conductas sin castigo o, correlativamente, incluye tan solo algunas cuya selección no puede justificarse sin la represión de todas las demás.

En aclaración de lo dicho cada vez que el Tribunal de lo Contencioso anula un acto administrativo por una violación de regla de derecho o desviación de poder, anula con ello un acto arbitrario perjudicial en el sentido del artículo 162. Puede ser, por ejemplo, la anulación de una sanción ilegítimamente impuesta, de un ascenso en perjuicio de un derecho preferente, de un concurso en el que se favoreció notoriamente a uno de los concursantes. Todos estos son actos arbitrarios anulados por sentencia ejecutoriada y sin embargo no hay noticia de que la Justicia Penal tenga una suerte de jurisdicción espejo administrativa donde automáticamente cada anulación vaya a juzgarse según el artículo 162. Y no es así, pues sensatamente no debe serlo, lo que testimonia esta práctica es la amplitud desmedida del concepto de acto arbitrario que se vuelve, en definitiva, el más arbitrario de los conceptos, en la medida en que incluye demasiado y por consiguiente propicia inclusiones selectivas que suscitan la inmediata pregunta, ¿si este caso está incluido, por qué no ha de estarlo este otro? No se trata aquí de emplear un recurso argumental muy socorrido que es el de añadir o yuxtaponer caso a caso de modo que desaparezcan en la multitud aquel del que nos ocupamos; en una palabra, mostrar el bosque para ocultar el árbol. De lo que se trata es de exponer que, dentro de la concepción sin contorno del artículo 162, todos los casos de actos arbitrarios, como los señalados, ingresan en esa desmesurada previsión, se trata en efecto de todo el bosque. Piénsese en la misma indeterminación que existiría si el legislador estableciera el delito de violencia o de fraude.

Muchas gracias, por la atención brindada.

SEÑOR SPANGENBERG.- Agradezco personalmente y en nombre del Departamento de Derecho Penal la invitación y, desde ya, aclaro que esta es una posición compartida en el seno del

departamento de Derecho Penal de la Universidad.

Me gustaría comenzar con dos cuestiones que me parece de honestidad intelectual plantear. En primer lugar, es evidente que si estamos discutiendo sobre un proyecto de derogación del artículo 162 del Código Penal es porque la Suprema Corte de Justicia no lo ha declarado inconstitucional previamente; de lo contrario, no se generaría un problema en la práctica. En los hechos, la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, por medio de pronunciamientos relativamente recientes, ha entendido que el texto del artículo 162 no afecta la regularidad constitucional. Eso no significa que desde el punto de vista académico no sostengamos –efectivamente así lo hacemos– que la descripción típica contenida en el artículo 162 del Código Penal embiste frontalmente el mandato de determinación del artículo 10 de la Constitución. Creo que es un deber de honestidad intelectual de la academia no acomodarse a los pronunciamientos de los sistemas jurisdiccionales, sino establecer sus propias reglas y postulados científicos y hacerlos valer como tales.

En segundo término, quiero referirme al origen de este principio. En los hechos, el principio de legalidad en el grado de sofisticación moderno que se le brinda, quizá esconde o disimula la sustancia que ha acompañado al Estado de Derecho y a la limitación de las potestades de los gobiernos a lo largo de la historia.

Al menos desde 1215, en la Carta Magna inglesa, se establece un principio de legalidad en sentido fuerte en materia penal, más allá de que podemos encontrar antecedentes en 1188 en las Cortes de León. A partir de allí, el Derecho Penal –y el saber científico debe reflejar esa importancia política que reviste para los ciudadanos– debe proteger a los individuos, no solo mediante el Derecho Penal sino protegerlos del Derecho Penal al mismo tiempo. En ese sentido, un Derecho Penal liberal y un Estado de Derecho, tal y como lo conocemos modernamente, no se agota en la exigencia de un principio de legalidad que asegure su origen meramente formal –que la conducta prohibida haya sido establecida mediante una ley en sentido orgánico; esto es, que haya cumplido con los artículos 133 y siguientes de la Constitución de la República– sino que, a modo de demanda sustantiva, le exige el cumplimiento de una serie de requisitos como los que acaba de referir el profesor Cháves. Sin perjuicio de ello, para convertirse y erigirse efectivamente en la columna vertebral del Estado de Derecho tal como lo es en la actualidad, debe cumplir una doble dimensión: la primera de ellas es aspirar a regular los comportamientos humanos. Precisamente, el Derecho, en tanto ordo, ordenador, ordenamiento jurídico, obedece a esa lógica de aspirar a regular los comportamientos de los habitantes. Si una ley no es lo suficientemente precisa como para que los habitantes sepan qué es lo ordenado y lo prohibido y, en consecuencia, hasta dónde llegan sus ámbitos de libertad, claudica de su aspiración de regular los comportamientos jurídicos, de ordenar la sociedad en tanto tal. En esa medida claudica de la propia noción de derecho sustantivo, tal y como nos viene enseñando la Filosofía del Derecho al menos desde Aristóteles.

La segunda dimensión es aquella que asegura el origen democrático de la prohibición penal. Hay un viejo adagio –en el que insistimos orgullosos– que dice que solo el legislador tiene las llaves de la cárcel. Entonces y en consecuencia, una indeterminación, tal como la plantea el artículo 162 del Código Penal, en la medida en que no determina el ámbito de lo punible, no solo claudica de regular los comportamientos humanos y de su función de derecho, sino que al mismo tiempo –quizás esto sea más grave desde el punto de vista práctico– delega la tarea de definir los comportamientos punibles, ya no en un origen democrático, sino en funcionarios públicos que por su propia naturaleza son contramayoritarios. Me estoy refiriendo a los jueces y fiscales, que no están elegidos democráticamente. De ese modo, teniendo en cuenta esta doble dimensión del principio de legalidad desde una perspectiva más moderna, me parece que la que acabo de mencionar puede ser la objeción más grave, en la medida en que, insisto, podría atentar contra el propio origen democrático que necesariamente han de contener las prohibiciones penales.

Finalmente, antes de ceder el uso de la palabra al doctor Uriarte, no quisiera dejar de señalar cierto aspecto, en virtud de algunas objeciones que hemos escuchado a nivel académico. Concretamente, se ha dicho que esto daría lugar a una especie de vacíos de punición. El propio concepto de vacío legal en materia penal, me atrevería a decir que roza lo antidemocrático, en la medida en que en una democracia constitucional moderna, como la que tenemos en la actualidad, el imperio de la libertad está marcado por todo aquello que el legislador expresamente no prohíbe. Entonces, más allá de las consideraciones ontológicas que uno pueda tener con respecto al valor axiológico negativo de una conducta, el hecho de decir que deberíamos atrapar algunos casos que se

presentan como de vacíos legales, no parece correcto desde el punto de vista científico. También suscribo la opinión del profesor Cháves en cuanto a que no se advierten en nuestro sistema situaciones funcionales que pudieran ameritar un reproche penal y que sí quedarían atrapadas por la figura del artículo 162, las que quedarían por fuera en el caso de que se derogara dicha disposición. En el fondo, me atrevería a sumar un ejemplo más a los que mencionó el profesor Chaves: también es o podría considerarse un acto arbitrario que causa un perjuicio cada una de las resoluciones judiciales que son revocadas por un tribunal de apelaciones, por considerar que no han sido ajustadas a derecho. Entonces, cabe preguntarse qué pasaría si cada juez al que le es revocado un procesamiento con prisión de una persona, luego se ve sometido a una investigación por el delito de abuso de funciones por haber dictado esa decisión.

SEÑOR URIARTE.- En honor a la brevedad voy a tratar de mantener el ritmo de los doctores que me precedieron en el uso de la palabra.

Hemos acordado que yo me ocupara de la parte procesal, a nivel teórico y práctico. En general, este tema es absorbido por el Derecho Penal, es decir, el Derecho de fondo. La crisis del principio de legalidad se visualiza, se traza y se teoriza normalmente desde el Derecho Penal. Hemos acordado que yo me ocupara de la parte procesal.

Desde esa perspectiva voy a tomar algunas ideas de un teórico del Derecho Penal, Luigi Ferrajoli, que con seguridad conozcan los señores senadores. Este teórico engarza el principio de legalidad del que hemos venido hablando con el principio de jurisdiccionalidad estricta. Él habla del principio de legalidad estricta, que es lo que han tratado los doctores que me acompañan, con lo que llama principio de jurisdiccionalidad estricta. En definitiva, establecía que si el principio de legalidad o el principio concretado de legalidad en descripción de tipo penales no está bien y es muy abierto, como ocurre en el caso del abuso de funciones, el principio de jurisdiccionalidad estricta al cual está íntimamente entrelazado, tampoco. Esto condena al juez, al práctico, a transformarse en un legislador. ¿Por qué? Porque el principio de jurisdiccionalidad estricta dice que en el proceso lo que se hace es conocer la ley, no crearla, no recrearla. Por ende, este tipo de delitos condenan a los actores del proceso penal a ser creadores de delitos. Van a crear los tipos penales. Así entra en crisis el principio de legalidad de fondo, el de legalidad estricta de fondo y el de jurisdiccionalidad estricta, porque el juez no conoce lo que le viene descrito sino que crea o recrea lo que le viene impuesto por la ley. Esta es una primera afirmación de carácter teórico.

Normalmente, cuando se habla de estas cosas nos ponemos en las sentencias que se apelan, las definitivas. Vamos a ponernos en el plano del procesamiento y lo que en el futuro, si las cosas salen bien, va a ser la formalización del proceso, cuya actividad es muy vertiginosa, donde hay que resolver en 48 horas, y ahí la experiencia nos dice que muchas veces el abuso de funciones, jugando con la metáfora de la llave, es la llave del procesamiento para después, con más tiempo, discernir si existen otros delitos sobre otros delitos. Eso es lo que la experiencia indica, aunque no sé con qué rango de generalización. Entonces, cuando en el procesamiento –o en el futuro en la formalización del proceso– el fiscal dice que se cometió un acto arbitrario, que es la esencia del abuso de funciones –abuso de cargo y acto arbitrario–, como el problema de fondo es que no es posible distinguir con absoluta claridad la diferencia entre arbitrario e irregular –no hay forma–, cuando el fiscal inicia un proceso en el que denuncia la existencia de un acto arbitrario, ya sabemos que vamos a tener grandes dificultades para distinguir lo arbitrario de lo irregular, porque no todos los actos irregulares son arbitrarios. Allí volvemos a Luigi Ferrajoli, que nos dice que para que todo esto funcione bien lo que el fiscal pide, sea en la instancia que fuere, tiene que ser verificable, tiene que ser probable, tiene que ser refutable. Y si en el fondo tenemos una profunda incertidumbre acerca de la diferencia entre irregularidad y arbitrariedad, el fiscal simplemente va a decir algo con pocas palabras. Generalmente los fiscales son parcos en sus primeras instancias; hay una vieja enseñanza de los viejos fiscales que indica que siempre hay que guardar algo para después. Entonces, los fiscales son parcos en la introducción al proceso, y lo van a seguir siendo en la formalización, por lo que la motivación va a ser escasa. Por tanto, le traslada al juez la tarea de decir que sí o de interpretar lo que dice el fiscal, en cuyo caso el juez, en alguna medida, se transforma en fiscal porque está dándole un contenido a algo que el fiscal dejó colgado. En consecuencia, allí hay una pérdida de roles, con lo cual entra en crisis, precisamente, el principio del acusatorio que tanto estamos defendiendo y que entraría en vigencia en los próximos meses, o días a esta altura.

Pero este no es el problema fundamental, sino que cuando estamos frente a una iniciación de proceso o una acusación final que no permite distinguir claramente irregularidad administrativa de arbitrariedad, se trata de algo irrefutable. No hay forma de refutar para la defensa algo que no es claramente discernible. ¿Qué va a hacer la defensa? Decir que no. Pero frente a un no y un sí, evidentemente entra en crisis el principio de refutabilidad, también argüido por Luigi Ferrajoli. Entonces, queda instalada la cadena. Tenemos una crisis de legalidad sustancial, una crisis de legalidad estricta procesal, pero después esto cae, en los hechos, en una crisis del derecho a la defensa. Y en materia procesal y de principios procesales, cuando caen en crisis los principios esenciales, caen en cadena. No es que caiga uno o caiga dos; cuando se afecta el derecho de defensa, ante una enunciación irrefutable, cae la defensa, cae el principio de inocencia y todos los demás. Entonces allí se desvirtúa el acusatorio, y es donde entramos en la profunda crisis procesal de este principio de legalidad que tiene como consecuencia el abuso de funciones hoy en día. No solo se usa como llave para procesar, sino que la defensa se expone a una cuestión irrefutable. No tengo a mano estadísticas, pero es muy difícil, luego de apelar un auto de procesamiento hoy en día, que exista una sentencia revocatoria. De regla general, la irrefutabilidad también va a repicar en el tribunal. No hay prácticamente revocaciones de sentencias de autos de procesamiento.

Finalmente, como no sabemos, en definitiva, por qué se procesa o se acusa, porque queda en la cabeza del acusador o del juez, vamos a tener que nos van a citar toda la doctrina que dice lo que es un acto arbitrario y que nos van a citar toda la doctrina que dice lo que es un acto irregular con rango de arbitrario para procesar o para condenar. Si, en cambio, en los mismos hechos el tribunal decide que no condena, va a utilizar toda la cadena de argumentos que le dice que no habría arbitrariedad, no habría irregularidad con rango penal. Esto demuestra la dimensión tópica que tiene la argumentación, que finalmente empuja este delito de abuso de funciones en la práctica. Es como el refranero: si me quiero levantar temprano, «Al que madruga, Dios lo ayuda», pero si me quiero quedar un ratito más en la cama, «No por mucho madrugar, se amanece más temprano». Y aquí pasa exactamente lo mismo. El tribunal se pregunta: «¿Qué hago con este asunto?». Y se responde: «Lo proceso, bajo todos los argumentos de que el acto es arbitrario, y son irrefutables», o «No lo proceso, bajo todos los argumentos que me dicen que el acto no es arbitrario».

SEÑOR HEBER.- Es un gusto recibir a la prestigiosa cátedra de la Universidad Católica y en especial a amigos personales, como el doctor Gastón Chaves, con quien nos conocemos hace muchos años. Realmente es un placer escucharlo nuevamente, aunque no estemos del todo de acuerdo en muchos de los conceptos.

Voy a comenzar haciendo una reflexión para después terminar en una pregunta. El sistema político uruguayo ha convivido con este delito y nunca hay una buena ocasión como para que, en una circunstancia determinada, podamos mirarlo sin nombre y apellido. Esto es lo que nos ha pasado. Por eso cuando el doctor Sanguinetti presentó la propuesta de derogarlo, no reunió los votos. Hay una suerte de contradicción, quizás en todos los partidos políticos, porque ha habido procesamientos por abuso de funciones, mal hechos o bien hechos –no nos ponemos a juzgar–, pero tenemos esta situación. Y es una realidad que genera incomodidades y, sobre todo, frente a la opinión pública nos cuesta mucho explicarlo, porque no podemos salir de la casuística de quienes en definitiva pueden verse beneficiados por la derogación simple de este artículo.

Por eso algunos preferimos buscar una alternativa que no sea la simple derogación del artículo, sino figuras que nos ayuden a sacar de la generalidad que tiene este delito que nunca nos gustó: el «abuso innominado de funciones». Se ha dicho que es el cajón de turco donde se mete de todo y lo que de alguna manera no existe en el derecho penal se puede sacar de ahí.

Acepto la argumentación brindada por el doctor Uriarte, en cuanto a que se ha utilizado mucho como llave para buscar otro tipo de figuras y a que genera un procesamiento que no está claro cómo se inicia, y después da la posibilidad de condenar o no a determinada persona.

Frente a esta situación y a una realidad, diría continental, nos da temor ingresar en esto, porque no estamos seguros de tener todas las figuras de corrupción en el menú del derecho penal; por eso el Código Penal que se estudia en la Cámara de Representantes nos parece que mira el conjunto de situaciones, no aisladamente.

Los que no tenemos la formación jurídica necesaria y debemos levantar la mano y dar opinión sobre esto nos descansamos en los asesoramientos que podemos tener. Se nos dice, por ejemplo, que la convención de la lucha contra la corrupción ha generado una serie de obligaciones y recomendaciones. Una de ellas establece que el concepto de la figura que está en nuestro código penal –lo discutíamos recién con el fiscal– es un delito muy abierto y la recomendación de dicha convención de la lucha contra la corrupción, más allá de que refieren quizás a la misma figura –no innominado– tienen un criterio mucho más cerrado, para establecer las cosas claramente.

La recomendación dice si es ilegal la decisión del abuso de poder o de funciones, o hay un beneficio propio o para terceros.

El tema es buscar la oportunidad de que tengamos la certeza de que con respecto a hechos de corrupción, en un momento donde lamentablemente abundan en la región, corrupciones de todo tipo y color, no demos una señal equivocada de que mañana se pueda generar la posibilidad de impunidad a quienes, en definitiva, queremos castigar con lo más severo de nuestro código.

Hay un proyecto de ley que todavía no se ha tratado –presentado por el señor senador Bordaberry– con relación al enriquecimiento ilícito. Se ha cuestionado porque cambia la carga de la prueba. Quizás no sea lo más adecuado, pero frente a una enfermedad que lamentablemente la región y el país pueden tener, queremos contar con armas como para poder descubrir un hecho de corrupción, sea por la vía que sea. No sé si se entiende lo que quiero decir.

Consulto si en la posibilidad de tener –según la recomendación de la convención de lucha contra la corrupción– un delito mucho más acotado, cerrado –aunque no deja de ser una generalidad pero en un cajón de turco, porque habla de ilegalidad o de beneficio personal o de terceros–, podemos encontrar que las señales quizás correctas, frente a lo que está ocurriendo en la región y en el país, y no que se interprete que ahora en el sindicato de los partidos políticos buscan protegerse unos a otros, en función de la derogación de un delito que hasta ahora ha venido conviviendo durante mucho tiempo con la sociedad uruguaya.

Esas son las preocupaciones que tengo y me gustaría escuchar un comentario al respecto.

SEÑOR CHÁVES.- Voy a ser breve.

Entiendo la preocupación del señor senador, pero ha habido algunos delitos que se han agregado con posterioridad al código y que son también abuso de funciones, por ejemplo la utilización abusiva de información privilegiada; son delitos que se agregaron después, en la ley del noventa y ocho. Quiere decir que la imaginación del legislador, más aún, el impulso del caso concreto, hace que determinadas conductas que podrían mantenerse genéricamente como un abuso de funciones coagulen, precipiten, en una conducta determinada.

Respecto al abuso de funciones el gran tema es el siguiente. Alguien ha dicho que si no se puede acotar objetivamente ese universo sin control de actos arbitrarios, acotémoslo subjetivamente. Esta era una fórmula que proponía el doctor Viana Reyes en un trabajo memorable.

Voy a citar una cuestión de orden, si se quiere académica: para que exista abuso de funciones no se requiere que el perjuicio se concrete. Sí es necesario que el acto arbitrario busque un perjuicio –ni siquiera requiere un beneficio en esta redacción– de la administración o de los particulares que no esté previsto en otras leyes.

El doctor Viana Reyes decía: traslademos el centro de gravedad del delito del objetivo a lo subjetivo. Entonces, si el propósito del sujeto es un propósito espurio, ahí estará la consistencia del delito; también sostenía que el sectarismo, la prepotencia, la represalia, la venganza, el rencor, el despecho, el deseo de obtener ventajas sociales o políticas, el espíritu vejatorio o cualquier otro similar, es hábil para verificar la existencia del acto arbitrario en el plano subjetivo. Por poco que se piense se ve que lo que hacemos es trasladar las incertidumbres del objetivo hacia lo subjetivo. ¿Sería abuso de funciones? Puede darse, por ejemplo, que haya un inspector de tránsito controlando la velocidad y de cincuenta coches que pasan con velocidad excedida, me detiene a mí –porque me tiene rabia– y me

sanciona. En realidad yo iba a la misma velocidad que el resto y estoy cometiendo la misma infracción, pero en ese caso el sujeto ejercita un acto arbitrario porque bajo la apariencia de un acto legítimo satisface un impulso de rencor, arbitral. Quiere decir que el acto con desviación de poder es formalmente impecable, pero como decía Cristo, hay sepulcros blanqueados y muy pintados por fuera, pero llenos de podredumbre por dentro.

Esta fórmula que propone Viana Reyes tampoco me parece viable para trasladar incertidumbres; lo objetivo es demasiado amplio y lo subjetivo también, porque el sectarismo, la prepotencia, la venganza y el rencor a veces son inverificables. Personalmente, no veo una solución muy clara, pero tampoco me preocupa porque no creo que se deba decir que el Derecho Penal tiene lagunas. Lo que se puede llamar laguna en el Derecho Penal en realidad no lo es, porque está ocupado por la libertad. El Derecho Civil es un continuo de ilicitudes, esto es, todo hecho ilícito del hombre genera obligaciones. En el Derecho Penal, en cambio, algunos hechos ilícitos caen bajo la sanción penal. Si bien no creo que sea lo que sugiere el senador, no considero que sea una tarea del legislador prever todas las conductas ilícitas posibles que se puedan poner bajo sanción penal, aunque bienvenidos los esfuerzos por sintetizar y concretar esto que hoy es un monstruo genérico que amenaza devorar nuestras libertades.

SEÑOR SPANGENBERG.- En primer lugar, agradezco al señor senador por plantear el tema del criterio de la oportunidad tan abiertamente, porque creo que en estas cuestiones hay que ser bien sinceros para buscar una solución científica al asunto.

Desde el punto de vista académico –y tomando como base el inmenso respeto a la tarea que ustedes desarrollan como senadores que, en definitiva, son los representantes del pueblo a diferencia de la academia, que no lo es y debe quedar bien en claro–, entiendo que siempre es oportuno enmendar un error, sobre todo, si partimos de la base de que nunca va a ser un buen momento. En los hechos, imaginar un *impasse* judicial que haga que no estemos nunca frente a una persona más o menos relevante procesada por alguno de estos delitos parece difícil de imaginar. Entonces, insisto: nunca es inoportuno arreglar o enmendar un error y, en segundo lugar, de lo contrario, ese tiempo nunca va a llegar.

Adicionalmente a lo que planteaba el profesor Cháves, creo que no hay que pedirle al Derecho Penal –no corresponde desde el punto de vista científico– más de lo que es capaz de dar y éste ocupa un lugar último y subsidiario del resto del Derecho. En esa medida, es claro que el Derecho Administrativo tiene una cantidad de respuestas a ofrecer frente a inconductas de los funcionarios y creo, además, que los delitos contra la administración pública no agotan el elenco de infracciones penales que pueda cometer un funcionario, sin que sean abusivas o tengan que ser delitos contra la administración pública. Algunos de esos casos quizás entren en actos de discriminación, etcétera, que no son propios de los funcionarios públicos, pero perfectamente podrían ingresar en alguna otra figura típica.

Insisto: me parece que otro de los principios que está en juego, junto con el de legalidad, es el de subsidiariedad o última ratio del Derecho Penal. Esto ocurre porque un Derecho Penal que se muestra como primera respuesta frente a todos los problemas sociales –y vaya si lo es el tema de la corrupción– ocasiona dos cuestiones, una de las cuales es qué hacer cuando falla el Derecho Penal, cuando como sociedad ya utilizamos –y no nos dio resultados– lo más invasivo que podemos tener como medio de defensa social, porque después del Derecho Penal es el abismo. La segunda cuestión es que no en pocas ocasiones el Derecho Penal, o la etiqueta «Derecho Penal», nos permite –no nos exige– solucionar los problemas desde el punto de vista del derecho administrativo; entonces, relaja las respuestas que deberían ser más inmediatas y eficaces a los remedios sociales, adelantando que se va a recurrir a la vía penal como panacea del problema en concreto, cuando sabemos que esa respuesta va a llegar mal y tarde –si es que llega– y, en definitiva, en el ínterin no hacemos nada, pero podemos decir que el tema ya está en la justicia.

Me parece que es importante tener en cuenta estas dos dimensiones del asunto cuando hablamos de los recovecos que pueden faltarnos si derogamos el delito de abuso de funciones.

Por último –y con esto termino–, creo que hay que distinguir –por lo menos, no sería conveniente pasar por alto– que existen dos tipos de convenciones o tratados internacionales en estas

materias. El primer grupo es que todos son ratificados por ley, entonces desde el punto de vista formal tienen igual valor pero desde lo sustancial, y considerando el estado actual de la ciencia jurídica, tienen distinto valor. Unos son las convenciones o tratados que reconocen, establecen o protegen derechos fundamentales –cuyo valor es muy superior al legal y cuya lógica es la protección del ciudadano y de sus libertades– y otros son los tratados internacionales que refieren a materias que son muy importantes como objetivos de intereses generales pero que no hacen a derechos fundamentales individuales. ¿Por qué ocurre esto? Porque muchas de estas convenciones apuntan a una lógica, que es más de eficiencia del tipo policial que a una lógica de la ciencia jurídica de respeto a los principios dogmáticos de la ciencia penal y de sus ramas afines.

Entonces, es conveniente –obviamente– respetar las convenciones internacionales pero no tienen el mismo peso como el que podría tener la Convención Americana de Derechos Humanos, etcétera.

SEÑOR URIARTE.- Como decía mi querido amigo Eduardo Pesce, «al que queda para el final le quedó poco».

Para contestar la inquietud del señor senador, voy a remitirme a las estadísticas que fueron publicadas en el ejemplar n.º 22 de la revista de Derecho Penal –nuestra conocida y querida revista–, en su página 162 –si no me equivoco–. Si Uruguay tuviera que hacer un informe anual para la llamada junta anticorrupción, podría extraerlo de este artículo. Allí figuran los procesamientos ocurridos en nuestro país durante 2003 y 2013, o sea, once años. Es un trabajo que fue elaborado a partir de datos del Poder Judicial y del Instituto Técnico Forense. Fíjense lo que voy a citar para saber bien sobre qué realidad estamos hablando.

El primer delito que informaríamos a la convención es, por lejos, el peculado. Es el delito contra la Administración pública con mayores procesamientos. El segundo delito es el fraude, que es el más grave; el tercero, el cohecho calificado, que lo sigue en gravedad; el cuarto, la concusión, que también es muy grave y recién el quinto es el abuso de funciones. Después siguen otros, pero interesaría completar la información que daba el doctor Cháves.

Por utilización indebida de información en este lapso de once años hubo nueve procesamientos, contra largamente más de doscientos delitos de peculado y fraude. Por tráfico de influencias –que, en su momento, también fue aplicado en cumplimiento de la convención– tiene un procesamiento en once años. Quiere decir que las convenciones hay que cumplirlas pero con legislación que después sea operativa.

Entonces, el informe uruguayo hoy diría que los delitos más graves los castigamos, que Uruguay los persigue.

En esa estadística, el abuso de funciones es, en promedio –que cambia mucho año a año, estamos hablando de una cifra arbitraria–, un 9,21 %. Se podrá decir que es mucho o poco, pero si uno comienza a repasar, es importante señalar el déficit de investigación que tenemos. Venimos, hacemos un discurso jurídico pero no tenemos, a cabalidad, investigaciones para ver cómo operan, en la realidad, los abusos de funciones. Estos funcionan no solo en perjuicio del imputado sino a veces a su favor, es decir que es un mecanismo de selectividad del sistema.

En esa misma revista que mencioné hay una sentencia del Tribunal Segundo de Apelaciones –publicada, comentada y redactada por uno de los mejores magistrados que tenemos en materia penal– y, si los señores senadores tienen un momento, podría contarles cómo fue el hecho.

Un funcionario policial de particular tiene un conflicto con unos chicos en un lugar de diversión juvenil. Luego surge que arbitrariamente y en forma indebida los detiene, los priva de su libertad y, a algunos, los golpea. La jueza de primera instancia archiva el asunto pero la fiscal apela y pide abuso contra la libertad de detenidos y abuso de funciones. En segunda instancia revocan el fallo y condenan por abuso de funciones y abuso contra la libertad de los detenidos. Pero allí hubo un enorme delito de privación de libertad. Es decir que el abuso de funciones es usado allí con benevolencia para no caer en un delito más grave como es la privación de libertad. Es decir que si bien podemos dar este

promedio de 9,21 %, habría que investigar, en realidad, qué es lo que está pasando, cuándo la imputación por abuso de funciones le roba espacio a la libertad –que es el problema que tenemos– y cuándo actúa selectivamente para robarle peso a la punibilidad debida.

Muchas gracias.

SEÑORA PRESIDENTA.- La Comisión de Constitución y Legislación agradece la presencia de los representantes del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica.

(Se retiran de sala los representantes del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay).

(Ingresan a sala las autoridades de la Junta de Trasparencia y Ética Pública).

–La Comisión de Constitución y Legislación tiene mucho gusto en recibir al señor presidente de la Junta de Transparencia y Ética Pública, contador Ricardo Gil Iribarne, y a la vocal, señora Matilde Rodríguez, a propósito de la propuesta de la bancada del Frente Amplio para derogar el delito de abuso de funciones.

Hemos escuchado a las cátedras de derecho penal de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay, pero la señora senadora Eguiluz planteó la posibilidad de que asistieran autoridades de la Jutep para escuchar su opinión, dado que el abuso de funciones se ha vinculado a los temas de corrupción.

SEÑORA RODRÍGUEZ.- Antes de entrar en el tema me gustaría disculpar la ausencia del doctor Borrelli, quien debido a algunos estudios médicos no pudo salir de Salto a tiempo.

SEÑOR GIL.- En primer lugar, me gustaría agradecer a la comisión la posibilidad de intercambiar opiniones con los señores senadores. Para nosotros es un tema de mucho interés, aunque lo hemos considerado de apuro en estos días dado que la citación nos llegó la semana pasada y no me encontraba disponible en ese momento. De cualquier manera, nos gusta la posibilidad de plantear lo que tal vez sea una visión distinta, porque después de haber recibido a las diferentes cátedras y al fiscal de corte, que son expertos en estos temas, solo nos resta aclarar que no somos abogados. Sí lo es el doctor Borrellí, pero de todas formas la especialización de otros actores, sin duda, no la tenemos.

Por lo tanto, si bien nuestra posición es muy humilde, pensamos que tenemos algo para comentar al amparo de todo lo que han recogido.

Hace menos de tres meses que asumimos el cargo y no podemos decir que en este tiempo nos hemos hecho expertos, aunque sí hemos compartido una visión conjunta sobre la situación de corrupción en Uruguay, que va desde reconocer importantes fortalezas, hasta compartir la preocupación no solo por actos o riesgos en materia de corrupción, sino también por lo que puede ser la percepción del ciudadano común de mayor desconfianza en todo el sistema, lo que nos preocupa mucho. Todo lo que hemos hecho y nos estamos planteando para este período de dos años que tenemos por delante es tratar de analizar las fortalezas, defendiéndolas a muerte y ver qué debilidades y riesgos se nos plantean en un mundo donde la corrupción es absolutamente preocupante. Los tres miembros coincidimos en que, lamentablemente, no hay vacunas para esto y estamos expuestos a los riesgos. Por tanto, pensar que en la situación regional y mundial actual estamos a salvo, es un error importante. Realmente estamos preocupados y queremos participar junto con otros actores –y el Parlamento es un actor fundamental– del armado y funcionamiento eficaz de un sistema anticorrupción que dé tranquilidad a todos y genere en la ciudadanía la confianza que creemos que necesita. Insisto en que no somos expertos ni abogados.

En el tema puntual que nos convoca, coincidimos en que el delito actualmente previsto en el artículo 162 es absolutamente inconveniente, que presenta importantes debilidades y ambigüedad y

sería muy positivo poder salvar esa situación. En definitiva, compartimos que su contenido, la descripción y la tipificación del delito, no es adecuado y no porque sea inconstitucional, porque no creemos que lo sea. Más allá de las opiniones de los catedráticos, quizás por no serlo, nosotros entendemos que la inconstitucionalidad hoy es un tema cuya llave la tiene la Suprema Corte de Justicia, la que ha reiterado en varias oportunidades y teniendo diversas integraciones, que este delito no es inconstitucional y que tampoco transgrede el artículo 1º del Código Penal. Si bien es opinable y respetamos todas las opiniones, para nosotros –en el ejercicio de pensar cómo fortalecer al país–, no es inconstitucional para pensar en habilitar su modificación o derogación. Tampoco pensamos que su incorporación a la legislación nacional se haya dado en un proceso de endurecimiento, de pérdida de garantías, de debilitamiento de las instituciones democráticas. Pensamos que no es así, aunque posiblemente pueda ser usado un delito de estas características de mala manera, en más de una oportunidad y en más de un contexto. Fue incorporado con su redacción actual en una ley de 1998 de la que participaron, por ejemplo, a nivel del Senado el doctor Jorge Batlle, el doctor Hugo Batalla, el señor Carlos Julio Pereyra y el doctor Helios Sarthou, a quienes respetamos mucho. No es tan fácil ver en ellos una omisión, como para no alertarse si fuera claramente un fenómeno en el que hubiera una pérdida de garantías. Tampoco lo visualizó el Parlamento cuando en el año 2006 ratificó una convención de Naciones Unidas contra la corrupción, en la que se sugería a los países considerar la posibilidad de incorporar el delito de abuso de funciones. Reitero que Uruguay suscribió la convención, aunque eso no era una obligación, sino una sugerencia. Pero entendemos que eso no viene por la línea de endurecer y perder garantías, sino por la vía de generar ciertas herramientas –compartibles o no– y no es por ese lado que la descartamos.

En definitiva, lo que nos preocupa y no nos convence es que se trata de un artículo como el propuesto, cajón de sastre, en el que se argumenta muchos elementos e, incluso, se pierde totalmente el tema del origen vinculado a la corrupción en la medida que se habla de actos arbitrarios en perjuicio del Estado o de ciudadanos sin un componente económico. Más allá de que no hemos accedido a estadísticas o a un listado de casos, nos consta que además de los actos más notorios, que son los que todos conocemos que han existido en la historia del país en las últimas décadas, hay otros menos conocidos como, por ejemplo los cometidos por jueces que detuvieron injustificadamente a personas o policías por cometer actos arbitrarios han sido procesados al amparo de este artículo. Nos parece erróneo y que no es el objetivo de esta disposición, ni lo debería ser, pero hoy lo posibilita.

Tenemos dos posibilidades: proponer cambiarlo o derogarlo. Nuestra opinión es que es conveniente cambiarlo no derogarlo porque, en primer lugar, se aplicó en forma efectiva este artículo en numerosos casos. Con respecto a esto podrían suceder dos cosas: que haya una aplicación absolutamente arbitraria e innecesaria, por lo que el artículo se podría eliminar sin problema porque en realidad se aplica mal en el 100% de los casos o que, en realidad, se contemple en esos casos situaciones no previstas en otros artículos del Código Penal. Nosotros interpretamos que se da esta segunda situación. Para nosotros no es claro que en todos los casos este artículo se haya aplicado mal. Con esto no decimos que en todos los casos se haya aplicado bien, sino que es probable, como sucede con cualquier artículo del Código que aparezcan ejemplos de mala aplicación. En el ejemplo que mencioné del funcionario policial procesado, en realidad, a nuestro juicio no es de mala aplicación y el artículo hoy lo permite, pero podría haber otros de mala aplicación. Por lo pronto, no estamos diciendo que siempre se haya aplicado bien, pero lo que sí afirmamos que tampoco es cierto que siempre se haya aplicado mal. No es cierto que nunca hubo casos que encuadren en este delito y no estén contemplados en otros de los delitos previstos. Particularmente, quiero hacer mención a lo que señalamos como un elemento a visualizar incluso teniendo en cuenta a la Convención de las Naciones Unidas. Concretamente queremos señalar que en este artículo no se habla del beneficio económico, sino del perjuicio. Da la impresión que el legislador lo que intenta decir es que hay un conjunto de delitos donde se castiga la búsqueda de un beneficio indebido y en este lo que se plantea es la existencia de un perjuicio para el Estado o para los particulares y se lo trata de abarcar de una manera tan laxa, que no es bueno. Pensamos que en el marco de un trabajo de revisión del artículo sería bueno –lamentablemente no pudimos hacer– analizar cuáles son los casos donde podría haber un delito no contemplado en los otros delitos. Hemos planteado algunos casos hipotéticos. Si, por ejemplo, como director de la Jutep voy a mi pueblo –La Santísima Trinidad– y empiezo a aplicar fondos a obras sociales. Estamos hablando de un funcionario público, con abuso del cargo que de manera arbitraria utiliza fondos del Estado no en beneficio de nadie, salvo de su imagen pública para un futuro proceso electoral porque capaz que me da por ser candidato a algo. ¿Es cohecho? No. ¿Es colusión? No. ¿Qué delito es? Habría que pensarlo.

Si realizo un viaje en cumplimiento de una función pública y me implanto el pelo que me falta, ¿es delito? Nosotros pensamos que algunas de esas conductas son faltas administrativas que no deberían estar incluidas acá, pero hay otras, donde se hace un mal uso de los fondos públicos de los ciudadanos que son delito, que la sociedad no debe admitir, que debe castigar, algunos de ellos penalmente, más allá de que a mí no me gusta que todo tipo de falta termine en la Justicia Penal.

Por otro lado, a nosotros nos parece que los mensajes a la ciudadanía en este plano tienen que ser muy serios y muy sólidos: ni salir a cazar brujas, ni poner penas monstruosas que no sean pagadas, sino que acá hay que determinar qué conductas claramente irregulares se castigan por la vía administrativa y qué conductas se castigan por la vía penal.

Aquí lo que importa son qué hechos castigamos, y eso nos parece que no está claro en el artículo. El tema no es la prueba, que siempre es un elemento difícil, sino cuáles son los hechos sancionables. Por allí es que nos parece que es bueno revisar el artículo y es muy importante y urgente cambiarlo, pero sinceramente no vemos que la simple derogación ni sea la mejor solución ni sea el mejor mensaje.

Nosotros como Junta que tiene como especialidad el tema de la corrupción, que tiene como especialidad mirar a la ciudadanía y ver qué siente, pensamos que acá hay un tema de oportunidad que los señores senadores tendrán que valorar. Nuestra valoración es que este no es el mejor momento para una adhesión que implique la derogación simple y llana que por la vía de una sustitución fundada por uno, dos, tres –o los que sean– delitos claros que persigan las conductas que no estén en los restantes artículos, se puede dar un mensaje serio a la ciudadanía donde se mejora la redacción de un artículo que ha tenido consecuencias por su vaguedad. Cada caso público donde se aplicó este artículo ha sido muy discutido, lo que no es bueno, porque la ciudadanía se queda con la idea de que su aplicación va a depender de quién sea el acusado.

En definitiva, nosotros estamos trasladándoles nuestra línea de pensamiento, con la característica de que es un pensamiento humilde, de gente que no es especialista, pero que nos parece bueno mejorar, precisar las conductas castigables y evaluar cuáles son los riesgos.

Esta propuesta, o una propuesta en la que se mantenga la idea de que lo que se castiga es el perjuicio al Estado, agregándole el componente económico, se genera una zona ambigua que es el límite entre el delito y la mala gestión. Para la mala gestión no corresponde el castigo penal, es una línea difícil donde los jueces y fiscales tendrán que actuar con mesura y ponderación. A nosotros nos parece que es más positivo el avance en cuanto a concentrar las conductas castigadas que eliminar el delito que para nosotros ha tenido aplicación en casos reales no contemplados en otros delitos previstos en el Código Penal.

SEÑORA RODRÍGUEZ.- Obviamente comparto la posición del señor Gil que hemos conversado en estos pocos días, pero muy intensamente, desde el punto de vista del sentido común. Si bien ni el señor Gil ni quien habla somos abogados, en la Junta se desarrolla una hipersensibilidad hacia los temas de corrupción porque a eso estamos dedicados el día entero. Entonces, desde el sentido común –que tanto tiene que ver con el Derecho– pensamos que una modificación a un artículo en los términos en que el presidente acaba de explicar, donde no se pone el énfasis en el beneficio propio –porque para eso ya hay otros delitos calificados–, sino en el perjuicio a la Administración. Planteamos el tema por ese lado, para que los legisladores puedan ver si es posible hacer una modificación en ese sentido.

El otro tema, que es muy profundo, es el de la oportunidad. Tuve ocasión de conversar con el señor Ricardo Gil al respecto y le dije que este es un asunto político, del legislador que vota. El legislador tiene el derecho de decir «voto» o «no voto» por oportunidad pero, nosotros, como integrantes de la Junta de Transparencia y Ética Pública, no tenemos esa oportunidad; simplemente estamos trasladando el mensaje a la opinión pública sobre un delito que tiene que ver con la corrupción, sobre qué pasaría con las personas que están en juicio y sobre si se les eliminaría o no el delito por el cual están siendo juzgadas. Además de ello, están los casos denunciados, para los cuales regiría esto de no encontrarse otro delito aplicable a la situación.

De manera que aquí hay dos temas a subrayar: por un lado, la posibilidad de modificar el artículo, en lugar de suprimirlo, poniendo el énfasis en el perjuicio a la administración y, por otro, la

oportunidad. A este respecto, debemos tener en cuenta que la oportunidad puede dar un mensaje muy negativo a una población que está realmente sensibilizada con los temas de corrupción, no tanto por lo que sucede en nuestro país, sino por lo que ocurre en la región. Subrayamos esas dos facetas sobre lo explicado por el señor presidente de la Junta, pues coincidimos plenamente en ese sentido.

SEÑOR HEBER.- Damos la bienvenida a los integrantes de la Junta de Transparencia y Ética Pública. Por supuesto, conocemos y apoyamos mucho a la señora Matilde, que es de nuestra confianza, pero también le damos la bienvenida al señor Ricardo Gil, a quienes quiero felicitar porque coincido con todos los razonamientos que han hecho. Considero muy importantes todas las observaciones que han hecho porque son las dudas que yo tengo.

Hace instantes estuvo presente aquí el señor fiscal, que aludió a algunas expresiones de carácter público realizadas por el señor presidente de la Junta en cuanto a que necesitamos un sistema anticorrupción en el que exista una batería de leyes para tratar de cubrir –seguramente no lo podamos hacer en su totalidad– mucho más de lo que hay. Daría la impresión de que en el Uruguay no tenemos un sistema anticorrupción armado y con estrategia como para prevenir el delito mucho más que para castigarlo, habida cuenta de que la prevención es muy importante en toda esta situación.

Por lo tanto, coincidimos plenamente con lo que aquí se ha expresado y desde ya nos ponemos a las órdenes. Por supuesto que los representantes de la Junta de Transparencia y Ética Pública no necesitan ser invitados; pueden concurrir a este ámbito si tienen alguna iniciativa en ese sentido, porque creemos que es muy importante.

Coincido plenamente con todo lo que se ha dicho sobre la oportunidad, no tanto por los hechos de notoriedad ni por los nombres y apellidos que están hoy aquí, sino por la situación que, como muy bien ha señalado la directora Matilde Rodríguez, se ha generado en la región en cuanto a que es necesario pasar los mensajes correctos en el momento correcto. A veces un mensaje correcto en un momento incorrecto puede ser tomado de mala forma; podría dar la impresión de que estamos generando una suerte de sindicato de protección de una situación que está muy lejos de todos los que han firmado este proyecto de ley. Por eso digo que el tema de la oportunidad lo analizo por el lado del clima que se vive en la región. A veces hay como una suerte de desconfianza en el sistema, pero la misión de ustedes es la de ayudarnos.

Nosotros aquí tenemos un proyecto presentado por el señor senador Bordaberry –ahora está la señora senadora Eguiluz en su lugar– sobre enriquecimiento ilícito. Para mí esto es importante, aunque se ha cuestionado, porque se invierte la carga de la prueba y no se establece bien el delito, pero sí sus consecuencias, puesto que hay un enriquecimiento que no se puede explicar. Creo que en ese sentido debemos ser proactivos y, sin perjuicio de que se violenten algunos principios del Derecho Penal, debemos pasar los mensajes correctos a la sociedad. El sistema político uruguayo quiere tener mejor financiación de sus partidos políticos, más transparencia de sus actores y vamos a ser implacables si aparece alguien que no puede explicar su riqueza. Si para eso hay que abrir todas las declaraciones juradas que tenemos y hacerlas comparativas, de modo que si mañana alguien de la Junta cuestiona lo que puede ser el patrimonio de alguno de nosotros, entonces mejor para el sistema. Hay una Convención que el señor presidente mencionaba, con una sugerencia que está contenida en una recomendación de las Naciones Unidas que establece, justamente, que si el delito de abuso de funciones es demasiado abierto, allí puede caber cualquier cosa. Pero esa sugerencia deberíamos analizarla en la comisión –esta es una sugerencia personal, no quiero involucrar a toda la comisión–, porque lo que establece es que hay abuso de funciones cuando algo no es legal, cuando hay un beneficio propio o para terceros, y habla además de un perjuicio a la Administración. Obviamente, el perjuicio no necesariamente tiene que ser económico, pero en definitiva existe perjuicio.

En lo personal, me gusta más ese camino porque, junto con otra batería de medidas que puedan adoptarse, permitirá llevar adelante un combate a un fenómeno masificado, desarrollado y tal vez amplificado por la prensa. No sabemos si ese flagelo siempre existió, pero ahora aparece con mayor contundencia. Lo cierto es que no importa el signo político del gobierno, si es de derecha, de izquierda o de centro, pero se ha instalado una instancia de corrupción que debemos prever, a fin de trabajar en una legislación que no simplemente derogue sino que sustituya.

Esa es mi opinión y más que una pregunta, quise formular un comentario acerca de lo que nuestros invitados estaban diciendo.

SEÑOR MICHELINI.- Ya que el señor senador Heber realizó un comentario, quisiera aprovechar la presencia de nuestros honorables invitados para hacer una reflexión sobre este tema. El primer comentario que quiero hacer es que cuando escuchaba al contador Gil Iribarne me escuchaba a mí hace diez años. El expresidente y exsenador Sanguinetti presentó un proyecto sobre este asunto y estuve leyendo la versión taquigráfica de esa comisión. En lo personal intervine muy poco, pero como ocurre muchas veces, me acuerdo de que ya levantada la sesión me acerqué a decirle al entonces senador Sanguinetti que esa iniciativa no era oportuna. Hoy, que estuvo presente en el homenaje de Rodó –ya lo había llamado antes– tuve ocasión de recordar aquella instancia y pensé que, en realidad, nunca va a llegar el momento oportuno. Esto me hace acordar a aquella situación en la que un grupo de personas, hace mucho tiempo, escribieron una carta a un presidente africano, porque se había condenado a la pena de muerte a una mujer que había cometido adulterio. Entonces, una cantidad de personalidades firmamos una carta en la que se pedía que eso no ocurriera y que se derogara ese artículo. No me acuerdo si esa persona era un dictador o un presidente –ya pasaron muchos años–, quien nos contestó que era muy buena nuestra iniciativa, pero el problema era que no lo podían hacer porque había juicios en curso, siempre iba a haber alguien que estuviera en esa situación y, por supuesto, nunca iban a derogar eso.

En aquella oportunidad me hice la mala pregunta –todo lo he dicho públicamente–: pregunté si era oportuno o no, cuando la pregunta era si era justo o no. Y esto es así basta que haya una sola persona que se la procese erosionando su buen nombre y hasta su libertad por un artículo que depende, como colegislador, del propio juez, que es quien determina dónde está el límite… Por algo he dicho que no tiene pruebas. No es que no tenga pruebas. Probar que es funcionario público es muy fácil, y después construye las pruebas de si el acto arbitrario sobre tal gasto, sobre tal otro, correspondía o no. Lo que les pido a ustedes es que si tienen figuras penales determinadas, nos las alcancen y las vamos estudiando, sea con el fraude, el cohecho, la conjunción. Incluso, el enriquecimiento ilícito se puede probar. Una persona puede decirle a otra que tenía esta fortuna, estos recursos o este patrimonio, ahora tiene este y ahora, sorprendentemente, tiene esto. En el caso del abuso de funciones se mete todo ahí adentro. Las cátedras que vinieron dijeron que esto no es enmendable, no es arreglable. Una cosa es decir que vamos a poner una figura penal adicional determinada. Los delitos tienen que estar determinados. Pero cuando se lee sobre el abuso de funciones dice: «El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código (…)». Lo que ocurre es que todo debe estar en el código. Lo que no está previsto en el código no es delito. Ese es el problema que tenemos. Y después nos encontramos con que hay personas a las que se les puede estar erosionando su buen nombre –y hay que estar en su lugar– por cosas que la ley dice que si no están en ella las puede juzgar el juez. Ese es el problema que tenemos. En la medida en que ustedes se han ofrecido a aportar, en buena hora, todas las redacciones que nos puedan traer sobre figuras penales definidas, serán recibidas enhorabuena. Inclusive habría que ver el tema del enriquecimiento ilícito con mucha seriedad, aunque ahí se invierte la prueba. El enriquecimiento ilícito, como dije, se puede probar. Pero con relación al abuso de funciones tengo muchas dudas. No quisiera que otros cometieran el error y que dentro de seis, siete u ocho años algunos dijeran que nunca va a haber oportunidad. Mientras esto no se cambie, el buen nombre de las personas está en juego.

Era un comentario que quería hacer, ya que el senador Heber hizo los suyos. Pero, principalmente, les quería pedir que si en algún caso tienen figuras penales concretas, acérquenlas. Creo que esta comisión –supongo que hablo por todos–, en lo que tiene que ver con el combate a la corrupción, nos va a encontrar a todos juntos.

SEÑORA EGUILUZ.- Para nosotros es un gusto que hayan accedido a venir a la comisión. Nos parecía sumamente importante la opinión de quienes están trabajando en el tema anticorrupción y están en la junta de transparencia. Creo que hay varias cosas que ustedes dijeron que para el análisis y la toma de posición en cuanto a la derogación o no de este artículo pasan a ser elementos fundamentales. Nosotros hasta ahora habíamos tenido posturas académicas y estamos procurando tener posturas de los operadores jurídicos, pero nuestros invitados tienen una posición privilegiada en cuanto al análisis de todas las situaciones. Y lo que ellos marcan como un eje es, desde mi punto de vista, muy importante para el análisis de este tema: se entiende que hay un sistema no eficaz en la prevención de la corrupción. Creo que eso verdaderamente nos hace analizar con otra profundidad

este tema, porque si no hay prevención y el mensaje de derogación es negativo hacia la población, podemos estar generando una brecha muy difícil de llenar. Nuestros invitados integran el órgano que está entendiendo de este asunto y ponen el punto específico donde tiene que ir en cuanto al análisis que nosotros como legisladores tenemos que hacer. No podemos estar abriendo una especie de agujero negro por la vía de eliminar este delito, pero a su vez no tener un sistema eficaz para la prevención de la corrupción. Creo que ese punto es fundamental, porque va atado con otro aspecto que aquí se mencionó: la desconfianza en el sistema, que no tiene que ver solamente con nuestro país, sino con toda la coyuntura, sobre todo regional.

Considero que esto nos pone en una situación delicada. Este proyecto de ley entró a esta comisión hace menos de un mes y propone la derogación de un delito que ha sido muy cuestionado, pero es una figura jurídica sobre la que, en realidad, tampoco hay unanimidad en la doctrina en cuanto a su derogación.

Por lo tanto, el concepto de no derogar pero sí modificar pasa a ser, desde mi punto de vista, clave. Y creo que, tomando la propuesta del señor senador Michelini, sería muy bueno también que se pudiera, por parte de la junta, ayudar con una redacción alternativa, para poder analizar la modificación de este artículo.

SEÑOR GIL.- Me gustaría mucho más estar analizando el sistema anticorrupción de Uruguay que la derogación o no de un artículo. De alguna manera lo que hemos intentado hacer en estos meses es, justamente, poner el centro ahí, no porque no haya nada o porque quienes debemos ocuparnos del tema estemos trabajando mal, sino porque no vemos claro cuál es la articulación de los distintos actores y qué rol debemos y podemos cumplir cada uno de nosotros. En ese sentido es nuestra preocupación y ojalá podamos discutir el tema a fondo lo antes posible y ver qué rol deben cumplir la Jutep –y somos muy críticos del rol que actualmente cumple–, la Justicia, el Parlamento y las comisiones investigadoras, que también son fundamentales. Debemos ver cada una de esas partes, que quizás están funcionando bien como partes pero no como un todo. Sobre ese aspecto es que estamos preocupados.

Pero hoy nos convocaron por este punto concreto. Entonces, el objetivo nuestro es plantear lo que de alguna manera ha señalado el señor senador Michelini. ¿Se puede derogar o se puede modificar? Quizás es mejor derogarlo, pero hay que poner algo en lugar de eso, que no tenga las mismas fallas que tiene este artículo: que no sea tan impreciso, tan amplio, tan laxo, tan indeterminado. Entiendo el planteo del buen nombre y la prisión que puede afectar a alguien, pero eso no siempre se resuelve –y tal vez no ocurra tampoco en este caso– por la vía de eliminar el delito. Hay gente mal procesada por homicidio, pero el delito de homicidio hay que mantenerlo. Lo que hay que buscar es que no haya malos procesamientos y que las garantías de todo el proceso se cumplan y se respeten. Nos parece que por ahí viene la cuestión.

El tema de la oportunidad lo planteamos al final, porque justamente va al final.

Si esto estuviera mal hay que cambiarlo y es cierto que cualquier momento es bueno y cualquier momento es malo, pero el tema es que para nosotros la derogación no es buena.

Además, en esa preocupación por cómo se percibe todo esto por la sociedad, también incorporamos el tema de la oportunidad.

Nos parece que aquí hay una cuestión a discutir muy profundamente –a veces hablo en términos jurídicos porque hace muchos años que discuto con abogados y algo me queda–: el bien jurídico tutelado.

En definitiva, nos parece que desde los años 90, con el impulso de temas como la probidad, la ética, etcétera, tenemos que poner en el tapete, con más fuerza, al ciudadano. Acá no es tanto el problema del funcionario con la administración, sino qué rol asumimos los funcionarios ante la ciudadanía, y de qué manera el Estado en su conjunto asume una responsabilidad cuando el tema de la ética y la corrupción nos explota en la cara.

Por esa razón vemos deseable rediscutir esto, partiendo de la base de que Uruguay tiene importantísimas fortalezas que no hay que negar: el sistema de partidos, el Parlamento, la justicia, la fiscalía, la independencia.

En estos últimos cinco años me tocó recorrer toda América Latina con estos temas, sobre todo con el lavado y no tanto con la corrupción, pero cada vez que pensaba en algunas cosas de Uruguay que antes me parecían mal o no me gustaban, decía qué buenas que son en comparación con lo que veo por otros lados. Creo que eso hay que defenderlo a muerte.

Estamos a la orden para hacer cualquier trabajo constructivo, para discutir lo más profunda y rápidamente posible. A veces discutir todo lleva a que nunca hagamos nada. No; queremos ir cambiando. En la Cámara de Representantes hicimos algunas propuestas sobre, por ejemplo, el sistema de declaraciones juradas que pensamos está muy lindamente armado y no sirve para casi nada.

En lo personal estoy de acuerdo –creo que la junta también– en ver cómo podemos incorporar una herramienta eficaz que persiga el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos –esto para acotar porque tenemos la obligación, ante la ciudadanía, de estar dispuestos a eso y dejar tranquilo al ciudadano común–, que preserve la mayor cantidad de garantías posibles para el ciudadano y el funcionario público, incluso como contracara necesaria del sistema de declaraciones juradas. Hasta ahí llegamos, pero hay que discutir el tema. Creo que efectivamente el enriquecimiento ilícito como tal es fácil de visualizar y de probar, el problema es el delito que está atrás. ¿De dónde salió esa plata? Ahí es donde la cátedra cuestiona y creo que hay manejarlo bien. Estoy totalmente abierto a ello.

Por otra parte, tenemos problemas. Estaría encantado de proponer nuevos artículos, pero la Jutep no tiene asesores jurídicos. Como contador me animo a inventar algo, pero tengo que reconocer que es poco serio y que me van a pegar de todos lados.

Cabe pensar, por ejemplo, qué pasa si el perjuicio del Estado viene por algo que no es en beneficio de nada, salvo mi propio beneficio a mediano plazo: mi campaña electoral, donaciones, monumentos y una serie de cosas. ¿Eso está previsto si sacamos el artículo 162? Tengo mis dudas. Creo que no está previsto.

¿Cómo lo redacto? Sinceramente no me apuren mucho, pero veremos. Ahora estamos planteando fortalecer la Jutep y no quiero aprovechar esta instancia de intercambio para llorar por lo que no tenemos, pero realmente no podríamos presentar una redacción porque no contamos con un asesor jurídico. De todos modos tomamos el desafío y haremos lo posible por arrimar propuestas lo más serias posible. Hasta ahí llegamos.

Muchas gracias.

SEÑORA PRESIDENTA.- Agradecemos la presencia de las autoridades de la Junta de Transparencia y Ética Pública.

(Se retira de sala la delegación de la Jutep).

–A continuación vamos a referirnos al orden del día del próximo martes.

SEÑOR MICHELINI.- Habíamos trasmitido a todos los integrantes de la comisión que la bancada del Frente Amplio aspira a que la semana próxima se considere este tema en el Senado. O sea que si lo vamos a tratar el próximo martes en el Senado, lo debemos votar hoy en comisión, y si la discusión fuera el miércoles 10, se podría votar en comisión el próximo martes, pero siempre en el entendido de que fuera el martes o el miércoles.

Me dijeron que van a concurrir algunas delegaciones más, habría que ver cuál es y si estamos todos de acuerdo. Por lo tanto, insisto, si la votación en comisión se posterga hasta el próximo

martes, el miércoles lo tratamos en el Senado.

SEÑORA EGUILUZ.- Entendemos que es importante –incluso, lo habíamos solicitado por escrito– la comparecencia de la Asociación de Fiscales. Hoy quedó bastante clara la aplicación de lo que ha sido el delito y la diferencia en cuanto a los operadores. También queremos agregar la presencia de la Asociación de Magistrados. Si bien comprendemos el planteo del señor senador Michelini, consideramos que estamos tratando un tema muy profundo y complejo, en el que tenemos que escuchar todas las opiniones al respecto. Para ello sería necesario recibir a los jueces, sobre todo porque algunos catedráticos entienden que está todo a su discrecionalidad en este sentido, y otros operadores entienden que no. Por lo tanto, nos parece fundamental convocar a la Asociación de Magistrados y a la Asociación de Fiscales que en lo que tiene que ver con las tipificaciones de delitos y la legislación al respecto han sido convocadas en varias oportunidades. Insisto: nos parece que es muy importante recibir su opinión.

Muchas gracias.

SEÑOR HEBER.- Naturalmente, estoy de acuerdo en que agotemos la lista de entrevistas solicitadas. Puedo entender las urgencias y los apuros, pero tengo temor cuando estos van en contra del nivel de discusión. Prefiero tener una buena discusión sobre este tema, que terminar enojados entre nosotros, porque no se pudo invitar a la delegación que se quería o porque nos sentimos apurados; lo digo con todo respeto.

Digo esto porque sería una señal horrible del sistema político concurrir al Plenario reprochándonos actitudes del pasado y del presente sobre este tema. Prefiero tener una buena discusión y tratar de evitar referencias del pasado y reproches, se llegue o no a un acuerdo. No estoy procurando tener un acuerdo unánime en este punto aunque ojalá lo podamos conseguir y voy a hacer el esfuerzo en ese sentido.

El Partido Nacional debe hacer un proceso interno porque hay distintas opiniones: hay gente que quiere derogarlo –al igual que el Frente Amplio– y otra que no quiere derogar nada, por lo que debemos llegar a una posición. He dicho –y no me importa hacerlo en público ni que quede en las versiones taquigráficas, porque es parte de la discusión– que prefiero la posibilidad de la sustitución del delito, aunque quizás no encuentre la figura adecuada. Personalmente, no me gusta la derogación y, como le dije al senador Michelini, prefiero hacer un esfuerzo para buscar una figura alternativa y no su simple derogación. Sé que como está en la actualidad está mal, pero necesito un proceso para llegar a la conclusión de que no tengo otra alternativa o sí la tengo y votamos diferente en el Plenario, pero en este último caso votaríamos distinto con una mejor discusión. Lo que digo no pretende ser una amenaza, sino una conclusión de la experiencia para no ir enojados al Plenario, cosa que no deberíamos hacer en este tema.

Debemos reconocer que todos cometimos errores, que unos votamos de una manera y, otros, de una distinta, pero acá no hay nada con nombre y apellido; ¡cuidado con eso! Entonces, como reconozco que este es un tema recurrente sobre el que conozco muchos abogados a favor del proyecto de ley del Frente Amplio dentro de mi partido, debo tener un proceso en la discusión interna.

El senador Michelini habló de votar el proyecto de ley la semana que viene. Perfecto, agotemos el martes las audiencias, pero si se quiere votar en el Plenario el miércoles no voy a tener tiempo de tener una instancia de discusión en mi bancada. No se trata de querer alargar un día o una semana más el tema, pero necesito ese proceso para discutir con mis compañeros del Senado y de la Cámara de Representantes. Hay senadores de mi partido que están de acuerdo –y creo que firmaron el proyecto–, pero todavía no hemos tenido la oportunidad de discutirlo en la bancada y precisamos ese tiempo para generar el mejor clima y tener una discusión por lo alto de este tema. Me parece que no es tan importante la celeridad como el nivel de discusión que podamos tener.

Digo esto para ayudar en el proceso de esta ley, que no es fácil.

SEÑORA PAYSSÉ.- Creo que es razonable el planteo del señor senador Heber. Deberíamos hacer el esfuerzo de arrimar los tiempos de cada uno a los efectos de encontrar un término medio y buscar la

posibilidad de zanjar las diferencias. En ese sentido, me consta que el senador Heber tiene dificultades en su partido. No puedo hablar en nombre de mi bancada en cuanto a los tiempos y ya tenemos una definición política sobre la derogación, pero creo que los tiempos tienen que ver con ese clima que se debe generar para votar un proyecto de ley de estas características que, como bien dijeron los invitados y también lo podemos señalar nosotros, no encuentra nunca el momento ideal para ser tratado. No fue antes, no es ahora, no será en el futuro, y seguimos llevando sobre nuestros hombros la responsabilidad de tener conciencia de que hay un artículo del Código Penal que tiene todas las características que se señalaron. Además de la inconstitucionalidad, se mencionó una cantidad de afrentas a la legalidad, a la jurisdiccionalidad, y no sé qué cantidad de cosas más que ahora no recuerdo, pero me consta que no hay opinión en contra. Incluso, de la presentación de la Jutep se desprende que incurren mucho más en el tema de la oportunidad que en el de la conceptualización; sí o no sobre la vigencia del artículo.

Por lo tanto, creo que podemos seguir recibiendo invitados, y me parece que las posturas –como bien dijeron los académicos– no son representativas de la población, pero por algo las estamos trayendo acá, para ilustrarnos; diría que son casi coincidentes.

De todas maneras, me gustaría ver si fuera posible esperar una semana a los efectos de generar un mejor consenso y un mejor clima, y también cumplir con los compromisos de no ir al campo de batalla sino asumir un tema que es importante.

Con respecto a las delegaciones que plantea la señora senadora Eguiluz, no tengo ningún inconveniente en que venga la Asociación de Magistrados del Uruguay, ya que la Suprema Corte de Justicia ha enviado una nota en la que dice que no va a concurrir ni va a opinar sobre estos temas. Por tanto, parece válido que venga esa asociación.

No me parece necesario –lo digo sinceramente– invitar a la Asociación de Magistrados Fiscales del Uruguay, habida cuenta de que ya compareció la institucionalidad; vino el fiscal de corte. Entonces, creo que podríamos laudar posiciones y ponernos de acuerdo en a quién invitamos.

A los magistrados tendremos que llamarlos; seguramente invitaríamos a la Suprema Corte de Justicia pero como ya anunció que no va a concurrir, entonces tendremos que convocarlos a ellos.

Ahora, me parece que la concurrencia de la Asociación de Magistrados Fiscales del Uruguay sí es innecesaria.

SEÑOR HEBER.- Lo único que quiero decir es que quienes trabajan con la figura del abuso de funciones son los fiscales; las que acusan de este delito son precisamente las fiscalías. Entonces, me gustaría escuchar a sus representantes, más allá de lo expresado por el señor fiscal –que fue muy claro, contundente y profundo– para ver qué opinión tienen del tema. Porque son ellos quienes llevan adelante el proceso por estos delitos, entonces les vamos a sacar justamente a ellos ese instrumento.

Por eso me parece interesante escuchar a la asociación que nuclea a los fiscales, además de la de los magistrados. Por supuesto que si nos dicen que este es un delito que está perimido y que no tiene consistencia, que es un cajón de turco, ya está; pero me parece que ellos son los actores fundamentales.

SEÑORA PAYSEÉ.- No quiero que se interprete lo que voy a reiterar –porque voy a reafirmar lo que ya dije– como una discriminación hacia la Asociación de Magistrados Fiscales del Uruguay. Esa asociación sabe que si hoy está integrando algún organismo vinculado con la fiscalía es porque denodadamente he planteado que era imprescindible que la representatividad la tuviera esa asociación. En este caso reitero lo que ya señalé: creo que el fiscal de corte representa la institucionalidad de la fiscalía, nosotros así hemos trabajo en infinidad de ocasiones, salvo cuando tratamos todos los proyectos de ley vinculados con la nueva institucionalidad, que también escuchamos la opinión de la Asociación de Magistrados Fiscales del Uruguay.

Reitero: con respecto a los magistrados tenemos un problema y es que la Suprema Corte de Justicia ha planteado una postura nueva –hasta ahora no la tenía– en el sentido de que no va a

participar en la discusión de materia penal. Por lo menos, creí entender que era en ese aspecto en el que no iba a intervenir.

Entonces, como este es un tema penal, me parece que corresponde llamar a la Asociación de Magistrados y me voy a mantener en esa tesis. Si el señor senador Michelini está de acuerdo, me gustaría que se analizaran las posibilidades en función del planteo del señor senador Heber –que recibo y que figura en la versión taquigráfica– porque me consta que tiene dificultades en ese sentido. Además, es el presidente del directorio, por lo que tiene una responsabilidad por encima de su calidad de senador en cuanto a ver cómo soluciona o cómo puede buscar una aproximación entre las partes que él mismo ha dicho que tienen opiniones diferentes. Si fuera posible, yo accedería.

SEÑOR MICHELINI.- Lo que nosotros planteamos fue la aspiración del Frente Amplio de votar esta iniciativa el martes y hacer lo propio el miércoles en el Senado. El señor senador Heber dice que podemos concluir el tratamiento el martes, pero que no está en condiciones de votarlo en el Senado el miércoles. Creo que lo que corresponde sería fijar la fecha porque si acá acordamos que el martes votaríamos la iniciativa en comisión –más allá de cuáles sean las delegaciones que recibiremos–, aunque el miércoles no se vote en el Plenario nos iríamos de aquí con una fecha concertada y todos consultaríamos en las respectivas bancadas. Más allá del tema de la semana más, nos iríamos con una fecha cierta.

SEÑORA PAYSSÉ.- Para ir en la misma dirección de lo que se está planteando, quiero decir que creo entender que lo que estaría proponiendo el señor senador Heber es postergar una semana todo el tratamiento. Me parece que ese es un tiempo bastante acotado y estaría dentro del período de reuniones ordinarias del Senado, por lo que creo que podríamos estar acordando la postergación con esa fecha.

SEÑORA AYALA.- Simplemente quiero dejar mi opinión respecto de lo que estamos discutiendo ahora.

De mi parte –ya mis compañeros lo han dicho– no habría mayor problema en postergar esto una semana más para que el Partido Nacional pueda tomar una posición al respecto de lo que se discuta aquí. No obstante, quiero dejar mi opinión sobre otro aspecto. Creo que siempre he sido muy abierta para recibir a quien tenga que venir y a quienes propongan los señores senadores, pero me parece que ya concurrieron las delegaciones que teníamos que recibir y que ya las escuchamos. ¿En qué me baso para decir esto? Algunas de las delegaciones que estuvieron dijeron, aquí mismo, que los jueces y los fiscales con respecto a este delito terminan transformándose en legisladores. Me parece que ahora nos queda una definición política, como legisladores, acerca de qué es lo que vamos a hacer con este artículo.

Los representantes de la Suprema Corte de Justicia ya dijeron que no vendrán y no me parece adecuado que los fiscales tengan que dar una opinión al respecto siendo que ellos son parte de todo esto. Creo que es suficiente con las opiniones que hemos escuchado de las diferentes delegaciones, más allá de que mi fuerza política ya tiene una definición al respecto –y, personalmente, también la tengo– y, en realidad, me afirmo más en esa opinión y en esa decisión con lo que he oído aquí.

SEÑORA PRESIDENTA.- Voy a dar una opinión como presidenta y también otra particular.

Si acordáramos la venida de una delegación extra esta sería, entonces, la Asociación de Magistrados y no la Asociación de Fiscales, tomando nota de lo que ha dicho la señora senadora Ayala. Primero estaríamos incluyendo este punto en el orden del día y convocaríamos a la asociación de magistrados para que venga. En cuanto a las fechas, lo que estamos pidiendo al Partido Nacional y– hacemos lo mismo con el Partido Colorado y el Partido Independiente– es que se tome una definición para que en la sesión del martes 16 o del miércoles 17 estemos votando esto en la sesión plenaria.

SEÑOR MICHELINI.- Entonces, en la comisión tendríamos que votar el proyecto de ley el próximo martes.

SEÑORA PRESIDENTA.- Si se quisiera ingresar la iniciativa el miércoles 17, hay una semana más para poder votarlo en comisión el martes 16. Con la Asociación de Magistrados se cerraría la invitación a las delegaciones.

Quiero aclarar que estoy agregando otros temas en el orden del día de la próxima semana; me refiero a una fiscalía de crímenes de lesa humanidad, iniciativa que tiene un solo artículo y habría que votarlo lo antes posible.

Particularmente, me parece que no hay dudas acerca de que el delito de abuso de funciones está mal planteado, tiene vicios de legalidad, de taxatividad, de jurisdiccionalidad, en fin, es un desastre. Los argumentos de las cátedras me han convencido absolutamente sobre la necesidad de derogarlo, pero no sé si esta comisión tendrá el tiempo de estudiar la creación de un nuevo delito o esto debería pasar a quienes están estudiando el Código Penal en la Cámara de Representantes.

Quería dejar planteado este tema porque, salvo que el Partido Nacional o el Partido Colorado trajeran una maravillosa definición de un nuevo delito –que difícilmente convencería a la bancada del Frente Amplio–, también tendríamos que conversar entre nosotros para ver cómo sería el trámite de una redacción alternativa en el caso de tener en cuenta la no derogación de este artículo. Esta comisión necesita seguir avanzando y no se puede volver a citar a todas las delegaciones a fin de crear un nuevo delito. No me imagino cómo sería ese proceso.

SEÑORA PAYSSÉ.- Quería agregar algo que me parece fundamental. Si un delito calificado como abierto por todos tuviera una fácil redacción que lo comprendiera, sería magnífico, pero ese es el problema. Como es algo tan abierto, las eventuales tipificaciones –muchos académicos dijeron que estaban comprendidas en otros, pero habrá que verlo– son imposibles de definir. Justamente, lo que caracteriza a ese delito es esto.

Con respecto a todo lo que se violenta, he anotado algunas cuestiones que voy a mencionar. Según la Ucudal, se violentan los principios de legalidad, de jurisdiccionalidad, de irrefutabilidad y de subsidiariedad. Además, está la taxatividad y estamos dejando de lado lo que podría ser la constitucionalidad porque hay quienes consideran que no es inconstitucional.

SEÑORA PRESIDENTA.- En definitiva y más allá de las decisiones que se tomen, no quiero que volvamos a hacer una ronda de visitantes; les pido que sobre esto también tengamos alguna propuesta y que no se vuelva a traer delegaciones para ponernos a tipificar nuevos delitos. Lo digo porque en la tentación de modificar este tema, que es importante, está el artículo 19 de la convención, el enriquecimiento ilícito, etcétera, podemos caer en esa tentación.

Para ser serios esto requiere toda otra discusión y nosotros solo preguntamos por el abuso de funciones, así que es sobre este tema que nos debemos expresar.

Gracias por la paciencia.

Se levanta la sesión.

(Son las 19:18).